

Die
Wirkung der Verjährung
bei der
Schuldklage.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doctorwürde der Rechte.

Der hohen staatswissenschaftlichen Facultät der Universität Zürich
vorgelegt
von
Jac. Eduard Hasler
von Winterthur.

Winterthur
Buchdruckerei von J. Westfehling
1872

From m

561 (21

Hasler

Die
Wirkung der Verjährung

bei der
Schuldklage.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doctorwürde der Rechte.

Der hohen staatswissenschaftlichen Facultät der Universität Zürich

vorgelegt

von

Jac. Eduard Hasler

von Winterthur.

Winterthur
Buchdruckerei von J. Westfeling
1872



Vorwort.

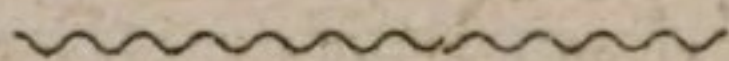
Welches ist nach römischem Recht die Wirkung der Verjährung bei der Schuldklage? Geht dadurch blos die Klage unter, so dass das Recht als klagloses, naturales doch noch fortbesteht und sich nach seinen verschiedenen Wirkungen thatsächlich äussern kann; oder geht auch dieses Recht selbst unter, so dass gar nichts mehr übrig bleibt, die Verjährung also das ganze obligatorische Verhältniss sammt und sonders vernichtet?

Diese Frage hat wegen ihrer historischen und praktischen Wichtigkeit die Juristen von jeher rege beschäftigt und denn auch bereits eine ungemein reiche **L**iteratur hervorgerufen. Sie hat auch heute noch nicht **a**lles Interesse verloren, denn noch ist der Streit nicht **z**u Ende.

Immer und immer wieder machen die Vertheidiger **d**er beiden Theorien einander das Feld streitig. Wenn auch in der letzten Zeit diejenigen der stärkern Wirkung wohl als die siegende Partei betrachtet werden konnten, stets tauchen wieder entgegengesetzte, wenigstens abweichende Meinungen auf. Ein einziger Blick auf die Literatur wird das Hin- und Hermachen dieses **S**treites genügend illustriren (vide z. B. Arndts, Pand.,

Anm. ad § 277 oder: von Vangerow, Pand., Anm. ad § 151).

Die beiden Theorien mit ihren verschiedensten Schattirungen genau zu prüfen, um für sich selbst zu einem entschiedenen Resultate zu kommen, lohnte allein schon die Mühe der Untersuchung. Es haben aber mehrere neuere Arbeiten auf verschiedenen Gebieten des römischen Rechts auch für unsere Frage Bedeutung gewonnen und versprechen zu ihrer Lösung einige neue Aufschlüsse und Gesichtspunkte.



Die Wirkung der Verjährung bei der Schuldklage.

Das Institut der Verjährung ist durchaus positiver Natur. Von den Bedürfnissen des täglichen Lebens hervorgerufen, machte es sich wohl anfänglich nur in einzelnen praktischen Fällen geltend. Je mehr der Verkehr anwuchs, je mehr sich die gesellschaftlichen Verhältnisse verzweigten und verwickelten, um so mehr drängte sich auch seine Nothwendigkeit auf. Es wurde schliesslich zu einer Macht, die, um heilsam zu wirken, rechtlich anerkannt und von den Juristen fixirt und geregelt werden musste.

Dieses Institut, das also nicht wie viele andere aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprang, nicht eine blosse Consequenz der allgemeinen römischen Rechtsauffassung war, bedarf deshalb zu seiner richtigen Erfassung einer genaueren geschichtlichen Grundlage.

Ebenso wird einleitend eine principielle Erörterung der Klagverjährung nothwendig sein, da man von verschiedenen Seiten versucht hat, a priori aus dem Wesen der Klagverjährung — sei es nun in diesem oder jenem Sinne — Schlüsse für die Beantwortung unserer Frage zu ziehen.

I. Historischer und principieller Theil.

A. Geschichte der Klagverjährung.

Bis vor kurzer Zeit war Folgendes die allgemein gültige, unangefochtene Ansicht über die Entwicklung der Klagverjährung (cf. hpts. Savig. Syst. V. S. 273 u. ff., Puchta, Instit. II. 400 u. ff.).

Im alten römischen Recht kannte man die Klagverjährung nicht; sämtliche actiones waren perpetuae. Ihren Anfang nahm sie erst mit den prätorischen Edicten. Die Prätores, die jene bekannte heilsame Vermittlerstellung einnahmen zwischen dem alten civilen Recht mit seinen starren unbeugsamen Formen und den Forderungen des sich immer mannigfaltiger gestaltenden Verkehrslebens, führten unter anderem eine ganze Reihe neuer Klagen ein. Um diese Neuerung erträglicher zu machen, namentlich denen gegenüber, die plötzlich durch uncivile Ansprüche der Gefahr der Verfolgung ausgesetzt wurden, banden sie die Gewährung dieser Klagen an das Erforderniss, dass sie binnen Jahresfrist geltend gemacht würden (*intra annum judicium dabo*¹⁾). Dieser

¹⁾ Hauptstelle: Pr. Inst. de perp. et temp. act. 4. 12. Der hier angeführte Grund »nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium« ist schon anderwärts zurückgewiesen worden.

Bedingung unterlagen aber hauptsächlich die Pönalklagen, immer aber bloß diejenigen Klagerechte, die lediglich im Edict ihre Begründung hatten; gab der Prätor eine Klage, deren rechtliche Grundlage schon im Civilrecht lag, so »erlaubte er sich keineswegs«¹⁾ diese Befristung beizufügen.²⁾

Unserem Institut der Klagverjährung näher erscheint sodann die *longi temporis praescriptio*, auch *longae possessionis praescriptio*.³⁾ Wer, ohne *usucapirt* zu haben, aber doch mit den Erfordernissen der *Usucapion* 10 resp. 20 Jahre hindurch Besitz ausgeübt, soll sich aller Ansprüche aus dem Eigenthum und den *jura in re* mit dieser Einrede erwehren können.

Einen Schritt weiter ging Constantin, indem er einen 40jährigen Besitz allein schon (ohne *bona fides* und ohne *titulus*) für genügend erklärte, um sich durch eine Einrede gegen die *actio in rem* zu schützen. »Es war also eine reine Klagverjährung« (Puchta a. a. O. S. 404⁴⁾).

424 erfolgte die Verordnung von Theodosius II. Die früheren *leges speciales* sollen (mit wenigen Ausnahmen, hauptsächlich der *actio finium regundorum* und der *actio hypothecaria*) auf alle Klagen ausgedehnt werden. Als

¹⁾ Unterholzner, Verjährungslehre I. 47. Es war dies mehr als ein blosses rücksichtvolles »Sich nicht erlauben«; es war ein höchst principiell, in der Natur der Sache liegendes Vorgehen. Siehe unten S. 6.

²⁾ So in den Fällen der:

1. 1. pr. D. commod. 13. 6.

1. 1. §. 1. D. depos. 16. 3.

³⁾ 1. 3. 12 D. de div. temp. praesc. 44. 3.

⁴⁾ 1. 2 C. de praesc. XXX vel XL a. 7. 39. 1. 2 C. Th. de *longi temp. praesc.* 4. 13.

Regel soll für *alle* Klagen in Zukunft eine 30jährige Verjährung gelten.¹⁾

Nach wiederholter Einschärfung dieser Regel durch die verschiedenen Kaiser unterwarf endlich Anastasius auch jene Ausnahmen dem Gesetze der Klagverjährung. Er fand für nöthig, für alle Klagen, für welche der Entscheid des Theodosius etwa problematisch wäre, eine neue Verjährungsfrist anzusetzen: mit 40 Jahren soll nun *jede* actio verjährt sein.²⁾

Den letzten Stein zu diesem Gebäude legte endlich Justinian, indem er mit einer *einzig*en Ausnahme 30 Jahre als die für *sämmtliche* Klagen geltende Verjährungsfrist bezeichnete. Ausgenommen blieb allein die Hypothekarklage, die erst in 40 Jahren verjähren sollte.³⁾

Dies in Kurzem die Art und Weise, wie man sich die Entwicklung der neueren Klagverjährung dachte. Es lässt sich nicht verkennen, dass diese Auffassung eine sehr lückenhafte ist, ein blosses Sammeln von einzelnen abgerissenen historischen Momenten, deren innerer Zusammenhang kaum ersichtlich wird. So fehlt es namentlich zwischen den prätorischen Annalklagen und der *longi temporis praescriptio* an jeder dogmatischen Verknüpfung.

Eine wirkliche »historische Begriffsentwicklung« hat nun Demelius zu geben versucht (Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht. Bd. I. Abhandlung 1.) und,

¹⁾ l. un. C. Theod. de act. temp. fin. 4. 44, mit einigen Aenderungen auch in l. 3 C. J. de praesc. XXX a. 7. 39. »Sicut in rem speciales, ita ad universitatem ac *personales* actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur.«

²⁾ l. 4 C. de praesc. XXX a. 7. 39.

³⁾ l. 1. C. de annali exc. 7. 40.

wie es mir scheint, ist auch das Resultat, das er gewinnt, überzeugend, durchschlagend, wo nicht endgültig.

Die juristische causa der Klagverjährung liegt nach den deutlichen Aussprüchen der Kaiserconstitutionen¹⁾ in dem Verhalten des Klagberechtigten, in dem Unterlassen der Geltendmachung seines Klagerechts, in seiner Unthätigkeit. Diese für sich dastehende Thatsache ist der wirkliche Grund, warum das Klagerecht untergeht; der Ablauf der Zeit ist erst »das Secundäre, welches den Erfolg des Rechtsverlustes nur vermittelt« (Unger, System, II. S. 277). — Sobald der *Zeitablauf* zur juristischen causa wird, der blosse Eintritt der bestimmten Frist als solcher, dann kann auch nicht mehr von einer wirklichen Klagverjährung gesprochen werden, sondern blos von einem Untergang der Klage durch Eintritt eines dies ad quem (dies exit, tempus excessit), der von Anfang an der Klage anhaftete (certo tempore actio finitur).

Unger (a. a. O.) nennt jene Verjährungsfristen, diese Präclusivfristen, Bezeichnungen, die dem angegebenen Unterschied genau entsprechen.

Diese durchaus richtige Unterscheidung ist es denn auch, welche Demelius darauf geführt hat, jene ältere Auffassung von der geschichtlichen Entwicklung der

¹⁾ l. 3 C. de praesc. XXX a. 7. 39. Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum *jugi silentio*, ex quo competere jure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem.

l. 5 C. de praesc. long. temp. 7. 33. }

l. 1 C. de commun. rer. alien. 4. 52. } *dinturnum silentium*.

l. 10 C. de acq. poss. 7. 32. utramque (rationem possessionis) antem ita demum esse legitimam, quum omnium adversariorum *silentio ac taciturnitate* firmetur.

Klagverjährung zu verlassen und die prätorischen Annalklagen ganz aus ihrem Gebiet zu verweisen, wie man schon früher mit der *actio sponsoris vel fidepromissoris ex lege Furia* gethan hatte. Die Frist, welche diesen zu ihrer Geltendmachung gegeben ist, ist keine Verjährungsfrist, juristisch begründet in der Unthätigkeit des Klagberechtigten, sondern ein einfacher *dies ad quem*, nach dessen Ablauf der Berechtigte sein Recht auf Anstellung der Klage ohne Weiteres verloren haben soll. Der Eintritt des *dies ad quem* ist hier die juristische *causa*; diesmal ist umgekehrt das Verhalten des Berechtigten das bloß Vermittelnde, Secundäre.

Ganz abgesehen davon, wie Demelius seine Ansicht weiter begründet, erscheint uns diese Auffassung so einfach und klar. Der Prätor, der die *actiones temporales* gibt, schafft damit neue Rechte; was hindert ihn, denselben einen Termin zu setzen, sie von vornherein nur für eine von ihm fixirte Zeit (gewöhnlich *annus utilis*) zu geben? Die Rechte, denen er Dasein gibt, darf er gewiss an jede ihm beliebige Bedingung oder Frist knüpfen. *Intra annum iudicium dabo*, d. h. ich gebe für so und so lange einen klagbaren Anspruch, ein Klagerecht; mit Ablauf der Frist hört der Anspruch auf, ein klagbarer zu sein, ich werde ihn also natürlich auch nicht mehr zu Recht anerkennen.

Ganz anders, wenn der Prätor Klagen gab für Rechte, die bereits ohne sein Edict als klagbare bestanden (vide oben S. 3 Anm. 1). Er schuf also hier keine Rechte, sondern eröffnete schon bestehenden nur die Möglichkeit, ihren Inhalt auf die vorgeschriebene Weise geltend zu machen, er bezeichnete nur einen Weg, auf dem man das an sich längst begründete Klagerecht sollte

rechtlich verwirklichen können. Die Rechte waren aber perpetuirliche; es ist klar, dass auch die actiones, die der Prätor für sie gab, nicht temporales sein konnten, sondern ebenfalls perpetuae werden mussten.

»Die prätorischen actiones temporales, und was sonst im classischen Rechte von zeitlich begrenzten Klagerechten sich findet, sind nichts, als von vorneherein nur auf bestimmte Zeit gegebene Rechte.« Aber auch diese Befristung hatte keineswegs im blossen principlosen Gutdünken des Prätors Ursprung und Ursache. Derselbe wurde vielmehr von innern Gründen bestimmt und geleitet. Demelius weist dieselben für jeden einzelnen Fall auf überzeugende Weise nach.

Ueberall waren es Gründe, die mit der juristischen Eigenthümlichkeit des Rechtsverhältnisses aufs Engste zusammenhiengen; die vom Prätor gegebenen actiones forderten aus sich selbst, aus ihrer inneren Natur heraus das tempus legitimum. Nirgends war es der ausser ihnen liegende Rechtsgedanke, dass eine actio wegen Unthätigkeit des Berechtigten untergehe, der zu ihrer Befristung führte. Bald war es vielmehr (so bei den actiones poenales) der Gedanke, dass nach einer gewissen Zeit der sich in ihnen offenbarende Rachesinn als erloschen oder gar nie vorhanden betrachtet werden solle, bald (so bei der actio de peculio, der actio redhibitoria und quanti minoris) das Bestreben, die neuen Klagen möglichst enge an das jus civile anzuschliessen.

Ebenso wie die prätorischen Annalklagen ist auch die praescriptio longi temporis als solche aus dem Gebiet der Klagverjährung auszuschliessen. Sie ist keine Klagverjährung; sie war nie etwas anderes als Ersitzung.

Wenn sie auch eine *exceptio temporis* für den Ersitzenden erzeugt, ihre juristische Causa ist der Besitz per longum tempus und nicht das Stillschweigen, die Unthätigkeit des Berechtigten. Bei der Klagverjährung kommt diese *praescriptio longi temporis* nur insoweit in Betracht, als in ihr die Wurzel zu suchen ist, aus der die wirkliche Klagverjährung im Laufe der Jahrzehnte langsam hervorwuchs. Die Thatsache der Unthätigkeit des Eigenthümers, die bisher neben der Thatsache des langen Besitzes nur in zweiter Linie gestanden, als die diesen ermöglichte, fing allmählig an zu prävaliren, sich zur juristischen causa primo loco heranzubilden. Die *praescriptio longi temporis* verflüchtigte sich nach und nach in der eigentlichen Usucapion; in umgekehrter Progression trat das Institut der Klagverjährung in ihrer mehrerwähnten Eigenthümlichkeit immer selbstständiger hervor.

Selbst bei Constantin war die *longi temporis praescriptio*, jetzt *praescriptio XXX vel XL annorum*, noch durchaus nicht »reine Klagverjährung«, als was sie Puchta bezeichnet, wenn sie sich auch dieser schon sehr bedeutend annähert. Das Requisit des *justum initium possessionis* ist weggefallen, aber noch liegt das Hauptmoment in der Thatsache des Besitzes. Wir sehen: der blosse ungehinderte Besitz während einer gewissen Zeit und die fortgesetzte Unthätigkeit des zur Vindication Berechtigten kommen sich schon sehr nahe; bei der verallgemeinernden Richtung der ganzen Entwicklung musste das subjektive Moment in der Person des Berechtigten immer mehr zur Geltung kommen. Die Praxis drängte stark darauf hin, und immer und immer wieder mussten die Kaiser von ungerechtfertigter,

unerlaubter Erweiterung der praescriptio — namentlich auf persönliche Klagen — abmahnen.¹⁾

Auf die Dauer liess sich dieser Zug der Praxis nicht abwehren. Erst nach verschiedenen Anläufen und Uebergängen (Colonatsverhältniss, Statusklagen) that endlich Theodosius den entscheidenden Schritt, die Thatsache der Unthätigkeit des Berechtigten als Princip anzuerkennen und dieses nun folgerichtig auf alle Klagen auszudehnen in l. un. C. Theod. cit.:

»Sicut in rem speciales ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. — Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum *jugi silentio*, ex quo competere jure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem.« —

Bei den alten Temporalklagen hatten wir den Untergang des klagbaren Anspruchs, des befristeten Rechts wegen Ablauf dieser Frist, bei der praescriptio longi temporis die Vernichtung des Eigenthumsrechtes durch entgegenstehende vollendete Ersitzung; hier haben wir die Zerstörung des *Klagerechts* wegen andauernder Unthätigkeit des Klagberechtigten, die *wahre, eigentliche Klagverjährung*.

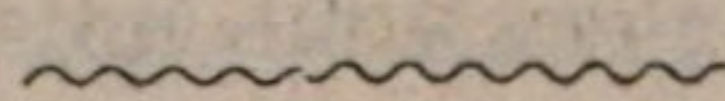
Die weitere Entwicklung derselben bis auf Justinian haben wir oben kennen gelernt. Es ergibt sich schliesslich folgendes Resultat:

¹⁾ So Diocletianus et Maximianus in l. 4 C. in quib. reb. cess. long. temp. praesc. 7. 34; iidem in l. 5 quib. non objicitur long. temp. praesc. 7. 35. Neque mutui, neque commodati, aut depositi, seu legati, vel fideicommissi, vel tutelae, seu alii cuilibet personali actioni longi temporis praescriptionem objici posse, certi juris est.

Es gibt keine perpetuae actiones im älteren Sinne mehr; alle Klagen sind verjährbar. Als Regel gilt die 30jährige Verjährung, 40 Jahre dauert allein die Hypothekarklage (perpetuae actiones in neuerem Sinn); dagegen gibt es eine Reihe von Klagen mit unter die 30 Jahre herabgehenden Verjährungsfristen (nun actiones temporales). Es sind dies die actiones temporales des älteren Rechts, wo freilich der Name noch etwas anderes bedeutete.

In historischer Beziehung ist also nach obiger Ausführung die ältere Klagverjährung, um uns dieses uneigentlichen, aber einmal eingebürgerten Namens dennoch zu bedienen, von der jüngeren eigentlichen Klagverjährung genau zu unterscheiden; ob auch in dogmatischer Beziehung ist nun allerdings eine andere Frage. Der historische Unterschied beweist noch nicht endgültig, umsomehr, da die späteren römischen Juristen selbst offenbar desselben kaum bewusst waren. Das Resultat, das die ältere Verjährung ergab, war es allein, was die neuere Praxis für alle Klagen herbeiwünschte; um den innern Zusammenhang oder Nichtzusammenhang kümmerte man sich einstweilen nicht. Man klammerte sich an jene an nur um des Zweckes willen.

Es wird später nöthig werden, näher auf dieses Verhältniss einzugehen, um eine nicht unwichtige Frage für unser Thema zu lösen; inwiefern man nämlich von den Wirkungen des einen auf die Wirkungen des anderen Institutes schliessen dürfe. Einstweilen kann diese Erörterung noch bei Seite gelassen werden; ich wende mich somit sogleich zum zweiten Kapitel des vorbereitenden Theiles.



B. Wesen und Zweck der Klagverjährung.

Wir haben schon oben bemerkt, dass man aus dem Wesen und den Zwecken der Klagverjährung häufig auch Schlüsse für die Tragweite ihrer Wirkungen abzuleiten versucht hat. Bei dieser Gelegenheit ist man aber nicht selten auf Abwege gerathen, indem man Zwecke für die Klagverjährung geltend machte, die durchaus keine Zwecke derselben genannt werden dürfen, indem man ferner juristische Causa und juristisches Wesen und jene Zwecke selbst wieder unklar durcheinander mischte. Dieser Umstand macht denn auch folgende kurze Erörterung nothwendig; sie soll dazu dienen, uns den Weg, auf dem wir im dogmatischen Theile — der eigentlichen Behandlung unserer Aufgabe — zu gehen haben, zu säubern und zu ebnen.

Von der älteren Klagverjährung sehen wir einstweilen ganz ab; was hier folgt, hat nur auf die neuere, eigentliche Klagverjährung Bezug.

Wenn wir der historischen Entwicklung der Klagverjährung nachgehen, so sehen wir, wie allmählig diese sich Bahn gebrochen, wie ihre langsame Ausbildung nichts anderes ist als ein hartnäckiger Kampf der Praxis mit den bestehenden rechtlichen Bestimmungen. Schritt für Schritt muss der Boden dem Gesetze gegenüber erkämpft werden, bis dieses endlich nothgedrungen nachgibt und die Forderungen des Gegners im vollsten Umfange sanctionirt.

Die Zwecke, welche die Praxis vor Augen hatte, waren in den verschiedenen Fällen gewiss auch die allerverschiedensten. Rechtliche und dolose Motive, allgemeine und Sonderinteressen, principielle Gründe

und Utilitätsrücksichten sind wohl alle dabei thätig gewesen, dem Grundsatz einer für alle Klagen durchgreifenden Verjährung zum Durchbruch zu verhelfen. Die lange Nichtanstellung der Klagen machte sich nach den verschiedensten Seiten als nachtheilig fühlbar.

Einmal für das ganze Verkehrsleben, das einen möglichst gesicherten Rechtszustand erforderte. Der rasche Uebergang der Rechte von einer Hand in die andere litt keine andauernde Bedrohung und damit verbundene Unsicherheit dieser Rechte. Rechtsansprüche, die eine lange Zeit geruht, die oft bereits vergessen waren, griffen, wenn sie auf einmal wieder aus der Vergessenheit tauchten, störend in die Verhältnisse. Es war aber nothwendig, »ut aliquis litium finis esset«, »ne rerum dominia diutius in incerto essent.«¹⁾

Ebenso litt der Beklagte als solcher schwer darunter. Allfällige Beweise des Beklagten werden mit der Zeit schwächer, können allmählig — namentlich bei abnehmender Aufmerksamkeit — ganz verloren gehen.²⁾ Nun kann es ja gerade in der Absicht des Klägers liegen, durch langes Stillschweigen die Aufmerksamkeit des Beklagten von der Sicherung des Beweismaterials abzulenken. Der Beklagte ist aber ihm gegenüber in grossem Nachtheil, »cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure; autem cum quo agitur non habeat potestatem quando conveniatur.«³⁾

¹⁾ l. 5 D. pro suo 41. 10.

l. 1 D. de usurp. et usuc. 41. 3.

l. 2 pr. D. de aqua et a. p. a. 39. 3.

l. 7 pr. C. de praesc. XXX a. 7. 39.

²⁾ nov. 111 in praef. in fin.

³⁾ l. 5 § 6 de dolo m. exc. 44. 4.

Ebenso mochte bei zu lange verschobener Klage die Schwierigkeit, die vorliegenden, veralteten Beweise noch genau zu prüfen und gegen einander abzuwägen, oft genug auch den Richter in Verlegenheit gesetzt haben. Die natürliche Neigung, den Kläger, gegen den auch der Umstand langen Stillschweigens sprach, *von vorneherein* abzuweisen, lag so nahe genug.¹⁾ Nach meiner Ansicht war es denn auch hauptsächlich dieser Weg, auf dem sich die Klagverjährung langsam festzusetzen begann; bevor sie rechtlich anerkannt war, mochte doch schon der Richter hie und da in seinen Entscheidungen derselben factisch nahe kommen. Eine kleine Erweiterung der *praescriptio longi temporis* musste ihm oft sehr willkommen sein. Hierauf gehen denn auch wohl jene oben (S. 9 Anm. 1) angeführten Verbote der Kaiser Diocletian und Maximian.

Diese Gründe wurden denn auch schliesslich für den Gesetzgeber entscheidend, wenn er auch noch andere Gesichtspunkte in Erwägung zog. Nichts weiter als eine Erwägung enthält z. B. folgende Bemerkung: Die festgesetzte Zeit genügt doch wohl für den Kläger, seinen Anspruch geltend zu machen. Versäumt er die

¹⁾ Ein interessantes Analogon findet sich im Zürcherischen Recht, wo sich die Klagverjährung unabhängig vom römischen Recht entwickelte. Eine der ersten Spuren derselben findet sich im Stadtschreiber-Manual vom 16. Mai 1671. »Als eine Art Nothbehelf, um einen, wie es scheint, verwickelten Process zu erledigen«, erkennt der Richter: »*Wylen disse ansprachen eben gar lang angestanden und darumb kein rechter grund zu finden, alss sollind dieselben gegen einanderen ufgehebt, todt und ab: und derentwegen kein theil dem anderen nützit zu bezahlen schuldig syn.*« (Beit. z. Züsch. Rechtspf. B. IV. S. 99).

Frist, so mag er die Folgen davon seiner eigenen Nachlässigkeit, seiner »desidia«, zuschreiben.¹⁾

Hauptmoment bleibt immerhin der Zweck der Rechtssicherheit, unter den sich eigentlich auch alle andern Punkte leicht subsumiren lassen. Die Klagverjährung ist nichts anderes als eine vom Leben und vom Verkehr dem idealen Rechte abgezwungene Concession. Wenn ich also auch keineswegs mit vielen alten Naturrechtslehrern dieselbe in der innersten Natur des Menschen begründet finde, ja nicht einmal mit Dahn aus dem Begriff des Rechts als einer Friedensordnung ableiten möchte, so erscheint mir *cum grano salis* genommen doch der Satz ziemlich richtig: »*Tricennalis humano generi patrona praescriptio*« (Cassiodori Var. V. 37).

Einzelne dieser Gründe, welche die Praxis auf die Klagverjährung hindrängten, oder dieser legislatorischen Motive, die den Gesetzgeber zur Sanctionirung derselben bewogen, hat man nun oft zur eigentlichen juristischen Causa des Institutes erhoben, um daraus wichtige Consequenzen zu ziehen (cf. Unger, Syst. II. S. 402 Anm. 3). Dies ist durchaus zu missbilligen und hat denn gerade in unserer Lehre seinen verderblichen Einfluss mehrfach gezeigt. Eine Hauptrolle in dieser Beziehung spielte stets die *desidia* des Klagberechtigten.

Wir halten an dem fest, was sich schon aus der historischen Einleitung klar und deutlich ergeben: juristische Causa ist allein die Unthätigkeit des Beklagten.

Nur das scharfe, principielle Hervorheben dieses Momentes macht es denn auch möglich, die Klagverjährung juristisch zu construiren, sie in die Einheit des

¹⁾ l. 2 C. de annali exc. 7. 40. l. 3 eod.

juristischen Systems einzufügen. Man hat schon versucht, dieselbe als eine rechtliche Präsump^{ti}on der Tilgung der Schuld darzustellen, sogar den Gegenbeweis zugelassen (Unger a. a. O. S. 402 Anm. 5). Abgesehen davon, dass diese Präsump^{ti}on eine höchst willkürliche ist und auch zur Erklärung und inneren Erkenntniss dieses Institutes nicht das Mindeste beiträgt, ist sie auch in ihren Consequenzen durchaus nicht geeignet, dem Zweck der Klagverjährung Genüge zu thun.

Meine Ansicht geht vielmehr dahin: Die Klagverjährung kann auf befriedigende und fruchtbare Weise allein vom Willensmoment aus betrachtet werden und zwar sowohl nach römischem als auch nach neuerem Recht. Nach römischem Rechte ganz besonders, da ja dasselbe ganz auf dem Willen als seiner Basis beruht. »Das römische Volk hat Recht und Staat auf die tiefste Grundkraft der menschlichen Persönlichkeit, auf den *Willen* gestellt, als *Mächt-* und Herrschaftsprincip in der Herrschaftsordnung begriffen« (Ahrens, Rechtsphilos. Einleitung; in Holtzendorffs Encycl. der Rechtsw. S. 13). Dass dieser Weg der richtige ist, das zeigt sich ja gerade in der Betonung der Unthätigkeit des Berechtigten, seines jure silentium, gewiss ein vollkommenes Thun, wenn auch bloß ein negatives.

Ich bezeichne demnach die Klagverjährung als einen *Verzicht*,¹⁾ als rechtliche Fiction eines Verzichtes. Darin

¹⁾ cf. Kierulff, Theorie S. 211, der, wenn er auch nicht gerade den Ausdruck »Verzicht« gebraucht, doch factisch einen solchen annimmt. Er sagt unter anderem: »Wer, durch Verletzung seines Rechts zur Ausübung desselben aufgefordert, es dennoch eine Zeit lang unausgeübt lässt, der zeigt, dass es ihm gleichgültig ist, dass er sein Recht nicht will.«

liegt die *ratio juris*, während wir oben als *ratio legis* hauptsächlich die Sicherung eines möglichst ungehemmten Verkehrslebens bezeichnet haben.

Sobald eine *actio nata* ist, ist das Recht des Berechtigten verletzt; aus seinem bisher bloß abstract-klagbaren Anspruch ist ein concret-klagbarer geworden. Er kann vom Gesetz Rechtsschutz verlangen, Herstellung des rechtlichen Zustandes, Tilgung des Unrechts in der Person des Verpflichteten. Das Gesetz verspricht ihm diesen auch, aber nur unter der Bedingung, dass er innerhalb einer bestimmten Zeit nachgesucht werde. Bleibt der Berechtigte thatlos, lässt er den sein Recht negirenden Zustand unangefochten fort dauern, so muss angenommen werden, er gedenke überhaupt nicht dagegen aufzukommen, es liege ihm nichts an der Geltendmachung seines Rechts, dasselbe sei ihm gleichgültig, er *verzichte* darauf. Er *verschweigt* sein Recht durch sein »juge silentium«. Der Verpflichtete, der das Recht unerfüllt lässt, der seinen negirenden Standpunkt festhält, so lange der Berechtigte unthätig bleibt, nicht klagt, acceptirt den Verzicht gerade durch jenes fortgesetzte Nichtthun, Nichterfüllen. Man möchte sagen: der Verpflichtete *erschweigt* den das Recht negirenden Zustand, den er tempore transacto durch die *exceptio temporis* wirksam behaupten kann.

Wenn auch die Klagverjährung streng von der Usucapion, speciell von der *præscriptio longi temporis* zu trennen ist, so tönen doch überall leise Anklänge hindurch, die, je mehr man sich in die Sache hineinlebt, immer deutlicher werden lassen, wie mit einer kleinen Metamorphose aus der *præscriptio longi temporis* die Klagverjährung entstehen konnte. Selbst heute, zu

einer Zeit, da die Dogmatik die Sonderung bereits vollzogen, gehen die Begriffe noch so leicht in einander über (Beweis: die frühere allgemeine Theorie der Verjährung); ein schwacher Druck auf diese oder auf jene Seite — und wir haben mehr dieses oder mehr jenes Institut.

Der obigen Behauptung möchte man vielleicht den Satz entgegenhalten: *etiam nolenti currit praescriptio*. Darauf ist aber zu bemerken: Es genügt hier nicht ein blosses Wollen (resp. Nichtwollen); das Gesetz will eben ein bestimmtes Wollen und zwar das in der Handlung manifestirte Wollen. Wenn der Berechtigte sein Recht, sein verletztes Recht anerkannt haben will, so muss er handeln (*agere*) und dadurch seinen Willen kundgeben; handelt er nicht, so präsumirt das Gesetz, er wolle überhaupt nicht, er verzichte auf sein Recht (*Qui non facit quod facere debetur, videtur facere adversus ea quia non facit. l. 121 D. R. J. 50. 17*). Liegt es durchaus nicht im Sinne des Berechtigten, auf sein Recht zu verzichten, so rechtfertigt sich die Fiction dennoch durch alle schon angeführten Utilitätsgründe.

Auf diese Weise ist denn auch die in den Quellen häufige und starke Betonung der *desidia* des Klägers leicht zu begreifen, ohne die Klagverjährung gerade als eine Strafe derselben auffassen zu müssen, als in *odium creditoris* eingeführt. Ohne die stricte Forderung des Gesetzes, die Klage müsse in der und der Zeit angestellt werden, andernfalls der Anspruch nicht mehr als zu Recht bestehend angesehen werde, sobald der Gegner dies wolle (durch Entgegensetzung der *perpetuirlichen exceptio temporis*), ohne jene stricte Forderung also dürfte allerdings trotz des langen Stillschweigens noch

lange nicht auf einen solchen Verzicht geschlossen werden, denn aus einem blossen Unterlassen einen so weit gehenden Schluss zu ziehen, würde gegen die Regel verstossen; aber nachdem einmal das Gesetz ein Handeln gefordert und gerade dadurch wird eben die Unthätigkeit, das Nichthandeln des Berechtigten, des in seinem Recht Verletzten eine Thatsache, die nach Ablauf der fixirten Zeit zur *præsumptio juris et de jure* wird. Analoge Fälle finden sich z. B. in l. 26 D. de prob. 22. 3 und l. 17 § 1 D. de usur. 22. 1.

Mit Obigem ist der eigentlichen Behandlung unseres Themas bereits vorgegriffen; wir haben die uns vorgelegte Frage unwillkürlich schon hier implicite beantworten müssen. Ist ein Resultat, das man so apriorisch findet, aber überhaupt beachtenswerth? Gewiss nicht, wenn man von einem unwahren, in der Luft hängenden Princip aus schliessen will, das jeder factischen Grundlage entbehrt; wohl aber, wenn man jenes Princip selbst nur aus der historischen Erscheinung abgezogen hat. Und dass die oben gegebene principielle Auffassung mit ihrem für unsere Frage resultirenden Schlusse auch vollkommen der Wirklichkeit entspricht, soll der folgende Theil beweisen.

II. Dogmatischer Theil.

A. Allgemeines.

Wir sind nach diesem nothwendig vor auszuschickenden ersten Theile bei der dogmatischen Behandlung unseres Themas angelangt. Welches ist die Wirkung der Verjährung bei der Schuldklage? ¹⁾

Schon der erste Schritt auf diesem Boden ist unsicher; man streitet darüber, welches die richtige Frageweise sei. Eine nähere Erörterung dieser Frage rechtfertigt sich vollkommen, da dieselbe nicht nur für diesen speciellen Punkt, sondern für das ganze Thema von Bedeutung ist.

Mit Savigny (Syst. V. S. 366) erkläre ich mich vor allem gegen die neuerdings (Unger, Syst. II. S. 437 Anm. 4a) wieder in Schutz genommene Fassung: Geht bei der Klagverjährung nur die Klage oder auch das Recht unter? Man entfernt sich, wie Savigny richtig

¹⁾ Von der Wirkung bei den actiones in rem können wir bis auf einen Punkt, der später berührt werden muss, hier ganz absehen. Man ist jetzt wohl darüber einig (Vangerow, Pand. I. § 151), dass die Vernichtung der Klage durch Verjährung noch keineswegs auch den Untergang des zu Grunde liegenden Rechts zur Folge hat. Hauptstelle: l. 8 § 1 C. de præsc. XXX a. 7. 39.

bemerkt, durch diesen Ausdruck unvermerkt von den im römischen Recht herrschenden Begriffen und dies namentlich für die frühere Zeit, wo die Naturalobligation noch nicht in ihrem späteren Maasse ausgebildet war. Klage (*actio*) und Recht werden durch jene Fragestellung in unrömischer Weise getrennt. Die *obligatio* ist für den Römer nichts anderes als die *actio*, das Klagerecht; sie sind ihm ein und dasselbe. »Das Forderungs-Klagerecht ist nach dem allgemeinen Wesen des Klagerechts das Recht der Forderung, sich geltend zu machen, d. h. sich handelnd (*actione*) durchzusetzen, den streitigen, säumigen, hartnäckigen Schuldner nach gerichtlicher Ueberwindung zur Erfüllung seiner Schuldigkeit zu zwingen« (Brinz, Pand. I. S. 535). (Derselbe an verschiedenen Orten: »— weil die Forderung Klagerecht und nur Klagerecht ist —« »Wie mögen wir aber sagen, dass Klagerecht das Einzige sei, was die Forderung ist und hat —« »Indem wir bisher nicht nur alles Recht der Forderung in dem Einen Recht der Klage finden, sondern zugleich aussprechen, dass die Forderung überhaupt nichts anderes sei, als dieses Klagerecht, —« etc. Diese Einheit von Klage und Recht ergibt sich aus der quellenmässigen Synonimität der Ausdrücke *actio* und *obligatio*. Neuere Untersuchungen haben denn auch diesen Standpunkt wieder scharf hervorgehoben (Schwanert, die Naturalobligationen des römischen Rechts, und Bekker, über die Naturalobligationen, in seinen und Muther's Jahrb. des gem. deutsch. Rechts B. II. S. 386 u. ff.)

Das Klagerecht darf nicht aufgefasst werden als ein aus dem Inhalt des *debitum* loszulösender Bestandtheil, so dass dennoch das Recht immerhin mit allen andern seinen Inhalt ausmachenden Bestandtheilen fortbestünde.

Die Klage lässt sich nicht in dieser Weise vom debitum trennen; jene Ansicht, dass in jeder Obligation ein civiles und ein naturales Element neben einander fortbestehen (Bekker a. a. O. S. 402), so dass das letztere als klagloses, als *blosses* Recht auch nach Wegfall des ersteren doch noch fortexistiren könnte, ist zu verwerfen. Mit der actio geht auch das Recht unter.

Damit scheint man sich allerdings jeder Möglichkeit zu berauben, die Naturalobligationen noch irgendwo unterzubringen. Und jene scharfe Hervorhebung der Identität von Klagerecht und Recht hat denn auch wirklich darauf geführt (cf. Schwanert u. Bekker a. a. O.), das Wesen der naturalis obligatio neu zu construiren.

Die naturalis obligatio kann nach Obigem nicht mehr auf dem eigentlichen debitum beruhen¹⁾; wenn hier von einem debitum gesprochen wird, so geschieht dies nur uneigentlich, — es ist eben ein anderes debere. Die naturalis obligatio braucht ein »positives Erforderniss« (Brinz a. a. O. S. 578) so gut als die civiles obligationes, eine causa obligationis. Und dieser rechtlich anerkannte Schuldgrund, der *Obligationsact* für sich begründet die causa solvendi; das Factum desselben genügt zu ihrer Entstehung, ob auch die Requisite für die actio fehlen. Schwanert (a. a. O. S. 225) sagt: »die obligatorische causa, auch ohne die aus derselben erwachsende actio, also der Obligationsact lediglich seinem Inhalt nach gilt für eine rechtliche causa solvendi, deren Realisation dann freilich, eben weil die actio und somit die Be-

¹⁾ 1. 16 § 4 D. de fidej. 46. 1.

1. 10. 108 D. de V. S. 50. 16.

1. 42 § 1 D. de O. et A. 44. 7.

1. 40 § 3 D. de condit. 35. 1.

fugniss dessen, welchem jenem Inhalt gemäss gezahlt werden soll, fehlt, von einem selbstständigen, freiwilligen Erfüllungsact des Schuldners oder eines Dritten abhängig.«

Ganz consequent kann man bei dieser Auffassung auch nicht mehr von eigentlichen Rechtswirkungen der *naturalis obligatio* reden. Diese sog. Rechtswirkungen (z. B. Ausschluss der *soluti repetitio*) lassen sich alle unter die Möglichkeit einer gültigen, unwiderruflichen *solutio* und die dadurch wiedergegebene Sicherung dieser *solutio* zusammenfassen. Erst wenn jene Möglichkeit zur Wahrheit geworden, wenn wirklich der *naturale* Schuldner freiwillig geleistet etc., treten jene Wirkungen auf; sie sind dann recht eigentlich die Kennzeichen (»*insignia*«, Theoph. Paraphrase ad § 1 I. de fidej. 3. 20) der *naturalis obligatio*. Das Vorhandensein jener lässt auf das Dasein einer *naturalis obligatio* schliessen, — in welchem Umfang, davon später!

»Lässt die Klagverjährung eine *naturalis obligatio* übrig oder nicht?« Dieses ist die ganz gewöhnliche Frageweise. Sie ist, wenn auch nicht absolut zu verwerfen, so doch anders zu verstehen, als es in der Regel geschieht. Auf Grund einer unrichtigen, oben erwähnten Anschauung der *Naturalobligation* liegt ihr beinahe immer der Gedanke zu Grunde, dass, sobald die *naturalis obligatio* überhaupt bewiesen sei, damit auch *alle* die möglichen Wirkungen derselben bewiesen seien (Fortdauer des Pfandrechts, Ausschluss der *soluti repetitio* etc.). Es ist aber durchaus nicht gesagt, dass alle *Naturalobligationen* gleich umfängliche Wirkung haben. Bald kann die eine, bald kann die andere dieser Wirkungen (»*insignia*« der *Naturalobligationen*) fehlen und doch ist immer von einer vollen *naturalis obligatio*

die Rede. Man darf daher, wenn Ein solches insigne (z. B. Ausschluss der soluti repetitio) bewiesen ist, durchaus noch nicht schliessen, dass nun auch jedes andere (Zulässigkeit des Pfandrechts, der Bürgschaft, der Compensation etc.) nothwendig vorhanden sein müsse. Gründe mancherlei Art — inneres Wesen, Rücksicht auf anderweitige Rechtssätze u. s. w. — können hier die verschiedensten Abweichungen zur Folge haben. Die naturalis obligatio ist immer nur relativer Natur.¹⁾ Windscheid (Pand. II. § 288 Anm. 4) stellt den entschiedenen, weitgehenden aber richtigen Satz auf, dass für jede natürliche Verbindlichkeit ihr rechtlicher Gehalt besonders bestimmt werden müsse.

Dass man dies nicht allseitig bei der Besprechung unserer Controverse anerkannte oder beobachtete, ist wohl der Hauptgrund, warum die Vertreter der einen oder der andern Partei sich stets so schroff gegenübergestanden. Entweder keine naturalis obligatio und dann überhaupt keine weitere Bethätigung der alten Obligatio mehr, oder eine naturalis obligatio, aber dann auch *alle* ihre möglichen Wirkungen: so lautete bisher der Wahlspruch. Deutlich spricht sich dies namentlich aus bei Dahn,²⁾ (»Ueber die Wirkung der Klagverjährung

¹⁾ cf. ausser Windscheid auch Schwanert (lib. cit.), Keller (Pand. I. S. 5 hpts. Anm. 5), namentlich Bekker (a. a. O. S. 402), der obige Behauptung durch eine ganze Reihe aus den Quellen gezogener Beispiele belegt.

²⁾ Auch bei Büchel, Civilrechtl. Erörterungen B. I. Abthl. 1, der z. B. auf S. 2 sagt: »Bekannt man sich nämlich zu der ersteren Ansicht, so muss man nach Verjährung der Klage aus einem Forderungsrechte die Fortdauer einer obligatio naturalis und zu deren Geltendmachung einer exceptio *nebst allen sonstigen mit einer obligatio naturalis verbundenen Wirkungen* annehmen.«

bei Obligationen«), der immer und immer wieder mit der Argumentation operirt: Es darf überhaupt keine obligatio naturalis angenommen werden, denn anerkennt man sie z. B. für das Pfandrecht nach verjährter Klage, so *müsste* man hier auch die Compensation zulassen, was dem Institut der Klagverjährung total widersprechen würde. Auf S. 52 sagt er sogar: »Eine incompensable naturalis obligatio ist eine contradictio in adjecto.« Ich bekämpfe hier einstweilen nur die Art des Schlusses auf Grund des Obengesagten. Die Compensation kann *trotzdem* nicht Statt haben, wenn andere Rücksichten es gebieten. Und ähnlich verhält es sich mit Schlüssen analoger Art zwischen anderen der naturalis obligatio zukommenden Wirkungen.

Man kann nach allem Angeführten die angezogene Frageweise sehr wohl beibehalten, sobald nur das sich aus dem Vorhergehenden ergebende »inwiefern, in welchem Umfang« hinzugedacht wird und man sich vor der gerügten Generalisirung hütet.

Jedenfalls wird damit die Differenz zwischen den beiden streitenden Parteien bedeutend vermindert, wenn auch eine vollständige Vereinigung derselben nach der Natur der Sache sich kaum je hoffen lässt.

Der genaueste Ausdruck wäre wohl nach der früheren Ausführung von der Naturalobligation: In wie weit zerstört die Klagverjährung die causa obligationis, in wie weit bleibt diese noch causa solvendi, lässt die exceptio temporis noch ein rechtliches, vom Rechte auf gewisse Art geschütztes Verhältniss zwischen creditor und debitor übrig?

Am liebsten werde ich mich einstweilen, um dem Resultat der Untersuchung möglichst wenig vorzugreifen,

mit Savigny der Frage bedienen: Greift die stärkere oder schwächere Wirkung Platz? Ohne ungenau zu sein, lässt diese auch vermittelnde Theorien ein Unterkommen finden.

Die folgende Untersuchung stützt sich auf die früher gegebene historische Grundlage. Damit sind die beiden Haupttheile von selbst gegeben:

Aeltere Klagverjährung (B),

Neuere Klagverjährung (C).

Eine Anzahl indirecter Beweise, die sich auf beiden Arten der Klagverjährung beziehen oder wenigstens von der Theorie auf beide bezogen werden, soll im dritten Theile erledigt werden:

Indirecte Beweise (D).

B. Die ältere Klagverjährung.¹⁾

Schon die historische Betrachtung kann zur Beantwortung unserer Frage nach der stärkern oder schwächern Wirkung der Klagverjährung uns einen nicht zu verachtenden Anhalt geben.

Der Prätor führte, wie mehrmals bemerkt, die Annalklagen nicht ein, um schon vorhandene Rechte zu schützen; erst durch die Annalklagen entstanden die betreffenden Rechte, erhielten sie Bestand und Inhalt. Factisch waren die Verhältnisse allerdings schon früher

¹⁾ Das Institut der prätorischen Annalklagen kann nach der historischen Einleitung nur uneigentlich »Klagverjährung« genannt werden; wenn von der ältern Klagverjährung die Rede ist, hat man daher dem historischen Ergebniss gemäss immer an actiones mit einem dies ad quem zu denken.

da, aber dieselben waren noch nicht vom Rechte anerkannt, es mangelte ihnen der sie zu Rechten erhebende Inhalt der actio.

Ebenso haben wir gesehen, dass diese ältere Klagverjährung immer im innern Wesen des Verhältnisses selbst Grund und Ursache hatte. Die Pönalklagen¹⁾ wurden nur für ein Jahr gegeben, weil der Prätor annahm, die Rachegedanken des Berechtigten seien nunmehr erloschen oder gar nie vorhanden gewesen.

Schon allein diese Umstände nöthigen für die ältere Klagverjährung zu der Annahme der stärkern Wirkung. Es ergibt sich, dass der Prätor ein Recht nur gab, insofern er die Klage gab. Das Recht, das er durch die rechtliche Anerkennung schuf, das er durch sein »actionem dabo« erst hervorrief, fällt wieder in den Bereich der unjuristischen Verhältnisse zurück, sobald der dies ad quem eintritt, der Tag, bis zu welchem es überhaupt allein in der Klage und durch die Klage existent sein soll.²⁾ Der Prätor nimmt an, der klägerische Wille, seiner Rache durch die Anstellung der gegebenen Klage zu genügen, sei nach Jahresfrist nicht mehr vorhanden; wie sollte trotz dieser Präsumpcion sich dieser dennoch in einer naturalis obligatio irgendwie als solcher bethätigen können? Es steht eine solche Annahme so sehr mit dem von uns entwickelten Wesen dieser betagten Klagen im Widerspruch, dass man bei einem ersten genaueren Blick sie sogleich fallen lassen muss.

¹⁾ Es genügt, hier die Pönalklagen zu erwähnen, da alle andern Fälle diesem enge verwandt sind.

²⁾ Sprechend für unsere Ansicht ist auch, dass es für diese Verjährung keine Unterbrechung geben kann. »Der Begriff derselben ist hier ein juristisch unmögliches« (Demelius lib. cit. S. 61).

Ganz anderes *kann* sich dies bei der neueren Klagverjährung verhalten. Hier ist primär das Verhältniss als rechtliches anerkannt; dass die Klage den Inhalt dieses nunmehrigen Rechtes bilden soll, ist in den Augen des Gesetzgebers nur das Secundäre. Der Mangel der Klage bedingt allerdings auch den Untergang des Rechts, aber damit ist noch nicht gesagt, dass das Verhältniss (oben genauer als *causa obligationis* als solche bezeichnet) nun überhaupt nicht mehr als juristisches gelten soll; die Möglichkeit, sich anderweitig in rechtlich anerkannter Weise auf gewisse Art Geltung zu verschaffen, ist damit nicht ausgeschlossen.¹⁾

Die S. 11 u. ff. zusammengestellten praktischen Zwecke und legislatorischen Motive der Klagverjährung, die man ohne Unterschied auch für die ältere Klagverjährung als Beweise — sei es für diese oder jene Theorie — anzog, kommen hier in Wahrheit gar nicht in Betracht.

So wird namentlich von einer *desidia* des Gläubigers gesprochen; die *exceptio temporis* soll eingeführt sein in *odium creditoris*. Abgesehen davon, ob diese Behauptung für die neuere Klagverjährung ihre Richtigkeit hat (wir haben dieselbe bereits oben sehr beschränkt), für die ältere Klagverjährung muss man von vorneherein ganz von dieser Auffassung abstrahiren. Dies zeigt schon die allgemeinste Betrachtung.

Der Prätor wusste durchaus nichts von einer *desidia* des Berechtigten; er hatte auch nicht nöthig, seine

¹⁾ Die gleiche Anschauung, die wir in Obigem vertheidigt, liegt wohl auch in folgenden Worten von Brinz (Pand. I. § 47 pr.): »Die Gewährung einer *actio* (engeren und weiteren Sinnes) war mitunter erst Ursache von Rechten, während sie ursprünglich und häufiger eine Folge derselben war.«

Fristbestimmung auf diese Weise zu rechtfertigen. Was er gab, das konnte er auch ungescheut wieder nehmen. Er versprach die Pönalklage gewiss nur, um der rohen Selbsthülfe ein Ende zu machen, dieselbe in die gerechten Bahnen des gesetzlichen Weges einzudämmen. Wenn er den richterlichen Schutz nur auf ein Jahr versprach, so geschah dies nur aus der humanen Absicht, die Wiedervergeltung *überhaupt* möglichst zu beschränken. Nach einem Jahr soll die Rache vergessen sein. Auf gesetzlichem Weg konnte sie nach dieser Frist nicht mehr geltend gemacht werden, auf dem Wege der Selbsthülfe durfte sie es nach dieser Zeit natürlich auch nicht mehr, gerade aus dem Grunde, weil sie auf dem gesetzlichen Wege nicht geltend gemacht worden war.

Diese Anschauung als die richtige anerkannt, diese humane Absicht des Prätors zugegeben, hätten wir dann nicht den reinsten Widerspruch vor uns, wenn der Prätor die Nichtanstellung der Pönalklage, dieses Verzichtens auf Rache, als *desidia* mit Entzug der Klage bestraft, d. h. gerade die *desidia* als *ratio* der Klagverjährung angesehen hätte? Dies darf man doch unmöglich annehmen, ohne gegen das Wesen dieses ganzen Institutes zu verstossen.

Ebensowenig dachte der Prätor bei der Einführung der Klagverjährung an die Sicherung des Rechtsfriedens. Die Begründung liegt übrigens schon im Vorhergehenden. Diesen Zweck hier schon anzunehmen wäre eine arge *petitio principii*. Schon der besondere Charakter der vom Prätor befristeten Klagen zeigt deutlich genug, dass es ihm durchaus nicht darum zu thun war, damit die dem Verkehrsleben schädliche Geltendmachung veralteter

Ansprüche zu verhindern. Grund, Zweck und Rechtfertigung dieses Institutes liegen auf einem ganz anderen Boden.

Schon hier muss auch auf ein anderes Beweismittel aufmerksam gemacht werden. Obgleich es auch für die neuere Klagverjährung von gleicher Bedeutung ist, findet es doch am Besten seine Stelle schon an diesem Orte. Es soll dann auch für die neuere Klagverjährung abgethan bleiben!

Die Quellen reden nämlich bei der Klagverjährung bald von einer Aufhebung der *actio* (oder vom Ablauf der *Klagezeit*) (*actione liberare etc.*¹⁾), bald von der Endigung der *obligatio* (*obligationem finire etc.*²⁾).

Diese Stellen werden nun oft als Beweismittel für die beiden Theorien citirt, die ersteren zum Beweis der schwächern, die letzteren zum Beweis der stärkeren Wirkung. Darüber ist man jetzt wohl vollkommen einig, dass die ersteren Stellen nichts beweisen, da mit dem

¹⁾ Heimbach, der in der Zeitsch. f. Civilr. u. Process I. S. 437 (auch in Weiske's Rechtslex. XII. S. 657 Note 1384) die vollständige Sammlung gibt, citirt folgende Stellen, von denen jedoch bei vielen sehr fraglich ist, ob sie wirklich hieher zu beziehen seien:

a) Von einem »tempore liberatur« reden: l. 3 pr. D. — 2. 10. l. 10 pr. D. — 2. 11. l. 2 C. — 2. 51. l. 1 C. — 2. 52.

b) Von einem »ut dies actionis exiret« reden: l. 4 pr. D. — 2. 7. l. 1 § 2 l. 3 D. — 2. 11. l. 1 § 1 l. 23 § 3 D. — 4. 6. l. 28 § 4 D. — 5. 1. l. 10 D. — 27. 6. l. 2 D. — 44. 3. l. 29 D. — 46. 2.

²⁾ Ebenda finden sich für diesen Punkt zwei Hauptstellen verzeichnet:

l. 1 § 1. 3. D. — 15. 2. »usque ad annum produci obligationem« und

l. 6 D. — 44. 7. »finit obligationem.«

Eine Reihe weiterer Stellen gibt Dahn (lib. cit. S. 24 pr.).

Wort »actio« ebenso nur die actio als auch die obligatio gemeint sein kann. Wir finden denn auch unbestritten actio häufig für obligatio gesetzt,¹⁾ wenn man überhaupt einen sachlichen Unterschied zugibt.

Weniger einig ist man in Beziehung auf den zweiten Punkt. Während man früher zugab, dass sich auch daraus kein Schluss auf die Wirkung der Klagverjährung ziehen lasse, weil ja hier ebenso obligatio für actio stehen könne, beruft sich nun neuerdings die absolute Theorie wieder auf diese Stellen (hpts. Dahn lib. cit. S. 15), indem sie behauptet, dass jene Synonimität eine geradezu unrichtige wäre und deshalb nicht anerkannt werden dürfe. Sie begründet ihre Ansicht mit dem Satze: *actio non extra obligationem, sed obligatio extra actionem*. Dieser Satz ist aber unrichtig (cf. namentlich Brinz, Pand. S. 537 u. ff.) und damit auch der daraus gezogene Schluss. Einmal haben wir in den Quellen eine Reihe von anderen Stellen, wo anerkanntermaassen »obligatio« für »actio« gesagt wäre.²⁾ Aber auch aus den früher gegebenen Erörterungen vom Verhältniss zwischen obligatio und actio geht hervor, dass beide Ausdrücke ganz gleichbedeutend gebraucht werden dürfen und dann auch wirklich häufig ohne Unterscheidung, gleichbedeutend neben einander gebraucht werden.³⁾ Obligatio und actio sind ja eins; die actio ist »das Recht

¹⁾ z. B. in l. 3 pr. D. — 37. 1. cf. l. 49. l. 91 D. — 50. 16. l. 14 § 1. l. 10 eod. l. 1 § 3 D. — 15. 2. l. 59 D. — 32. l. 43 D. — 33. 2. l. 34 pr. D. — 34. 2. Rubr. T. C. 4. 11.

l. 9 § 3 D. — 12. 2. l. 5 § 1 D. — 19. 5.

²⁾ l. 7 § 4 D. — 2. 14. l. 21 § 2 D. — 46. 1. l. 2 § 8. D. — 18. 4. l. 21 D. — 50. 16. l. 126 D. — 45. 1. Rubr. T. J. 3. 28.

³⁾ l. 8 § 11 D. — 16. 1. l. 10 D. — 19. 1. l. 7 § 1 D. — 4. 5.

selbst, sein Wesen, seine Wahrheit« (Ihering, Geist des römischen Rechts B. II. S. 74).

Ich stimme deshalb vollkommen mit Kierulff (Theorie des gemeinen Rechts S. 213) überein, wenn er sagt, Beweis und Gegenbeweis aus den betreffenden Quellen-
ausdrücken heben sich vollkommen auf. Besser wäre vielleicht noch, zu sagen: es sind dies überhaupt gar keine Beweise weder für die eine noch für die andere Seite.

Ja, wollten die Vertheidiger der schwächeren Wirkung selbst so weit gehen, anzuerkennen, dass — immer die Richtigkeit der Unterscheidung vorausgesetzt — die obligatio in den auf S. 26 Anm. 2 citirten Stellen wirklich nicht bloß für actio gesetzt sei, sondern das Recht als solches bedeute, so könnten sie dennoch an ihrer Theorie festhalten. Man braucht nur die obligatio aufzufassen als das *vinculum juris, quo adstringimur ad aliquid solvendum secundum jura nostrae civitatis* und zu bedenken, dass die Naturalobligation als Grundlage ja gar keines eigentlichen Debitums bedarf, dass sie ihre Wirkung nicht aus einem debitum schöpft, aus dem einem Obligationsact entspringenden Rechte, sondern aus dem blossen Inhalt dieses Obligationsactes selbst, der hier für die rechtliche causa solvendi gilt.

Möge sich die Sache nun so oder anders verhalten, immerhin sehen wir, dass uns diese allgemeinen Argumente in jeder Beziehung im Stiche lassen. Suchen wir darum nach anderen Beweisen für die zu Anfang dieses Theiles behauptete stärkere Wirkung.

Da die Naturalobligationen des römischen Rechts nicht durch allgemeinen Rechtssatz eingeführt sind, sondern sich nur aus dem Vorhandensein ihrer Kenn-

zeichen (insignia) ergeben, thun wir am Besten, uns nach solchen umzusehen, solche festzustellen, oder dann zu constatiren, dass sich solche gar nicht oder doch wenigstens nur scheinbar vorfinden. Es ist nicht zu leugnen, dass sich der Quellenzeugnisse, die zu dieser Untersuchung brauchbar wären, nur sehr wenige beibringen lassen; und auch diese wenigen sind durchaus nicht so bestimmt und ergiebig, als man dies wohl wünschen möchte. Für uns ist allerdings auch dieser Mangel der quellenmässigen Bestimmungen und Entscheidungen nicht ohne Bedeutung, denn wäre wirklich die relative Theorie im Recht, hätte die Klagverjährung eine *naturalis obligatio* mit dieser oder jener Wirkung übrig gelassen, so wäre eben jener Mangel kaum zu begreifen und lässt er denn auch ziemlich sicher auf das Gegentheil schliessen.

Am geeignetsten für die Beantwortung unserer Frage erscheint mir immer noch ein möglichst getreues und genaues historisches Verständniss. Die Geschichte der älteren Klagverjährung haben wir dargelegt, den Schluss für unser Thema bereits daraus gezogen; die folgende Beweisführung, die sonst immer für sich dazustehen, auf sich selbst zu ruhen pflegt, möchten wir umgekehrt nur in zweite Linie stellen, hauptsächlich bei ihrer unausweichlichen Unsicherheit.

Hervorgehoben soll hier noch werden, dass die Naturalobligationen in ihrer vollkommenen Ausbildung erst dem späteren römischen Recht angehören, und dass auch ihre ersten Ansätze, wie ein Blick auf die römische Rechtsentwicklung lehrt, wohl nicht sehr weit zurückversetzt werden dürfen. Wohl aber darf man die prätorische »Klagverjährung« schon sehr frühe an-

nehmen, hat man (Huschke) doch sogar versucht, dieselbe an Bestimmungen der XII Tafeln (*usus auctoritas fundi biennium esto etc.*) und die nicht viel spätere *lex Furia* anzuknüpfen. Selbst zur Zeit Ulpians war die *naturalis obligatio* noch keineswegs vollendet, soll ja doch damals erst für eine solche die *compensatio* zugelassen worden sein (Scheurl, Beiträge zur Kunde des römischen Rechts, Heft 2 S. 171), eine Behauptung, die durch das in jedem Fall etwas ans Zwangsmässige Streifende der Compensation sehr wahrscheinlich wird. Dass für die ältere Klagverjährung die Weiterexistenz einer *naturalis obligatio* nicht einmal gedacht werden konnte, ist somit klar. Die Stellen, die wir nun behandeln werden, stammen denn auch alle aus der späteren, classischen Zeit, aus der Zeit eines Africanus und Ulpianus, also ungefähr aus dem zweiten Jahrhundert p. Ch. n.

Die unmittelbarste Art der Erfüllung einer *naturalis obligatio* ist natürlich die freiwillige *solutio* des *naturalis debitor*. Wer eine Leistung macht in der irrthümlichen Meinung, damit ein *debitum* zu erfüllen, während doch in Wahrheit gar kein *debitum* existirt, kann das Geleistete mit der *condictio indebiti* zurückfordern. Schon das Dasein eines *naturale debitum* schliesst aber die *condictio* aus z. B. nach l. 64 D. de cond. indeb. 12. 6:

»Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. Ut enim libertas naturali jure continetur, et dominatio ex gentium jure intro-

ducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intelligenda est.«¹⁾

Folgende Stelle wird als Beweis dafür angeführt, dass nach vollendeter Klagverjährung eine geschehene solutio die *condictio indebiti* gibt, woraus der sichere Schluss folgt, dass kein *naturale debitum* mehr vorhanden ist (Schwanert, lib. cit. S. 189). Die Stelle lautet:

(Africanus) l. 25 § 1 D. ratam rem hab. 46. 8.

Procurator, quum ab eo aes alienum exegerat, qui tempore liberaretur, ratam rem dominum habiturum cavit; deinde post tempus liberato jam debitore dominus ratam rem habet; posse debitorem agere cum procuratore existimavit, quum jam debitor liberatus sit; argumentum rei, quod si nulla stipulatio interposita sit, *condictio* locum adversus procuratorem habitura sit; in locum autem *conditionis* interponi stipulationem.

Ein debitor qui tempore liberatur hat einem unvollmächtigten procurator, der die Leistung forderte, Zahlung geleistet. Dieser hat seinerseits die *cautio ratam rem dominum habiturum* gestellt. Die *Ratihabition* erfolgt jedoch erst, nachdem der befreiende Zeitpunkt eingetreten (liberato debitore); dieselbe nützt deshalb nichts mehr, der debitor ist vorher befreit und kann das nunmehr errone Gezahlte vom falsus procuratur als *indebitum* zurückfordern (Savigny, System § 251 Note p.).

So viel ist klar, dass unser Fall eine *naturalis obligatio* durchaus ausschliesst, für unsere Auffassung der

¹⁾ cf. auch l. 19 pr. D. de cond. indeb. 12. 6 und l. 41 eod.

Naturalobligationen wenigstens in dem betreffenden beschränkten Umfang. Es fragt sich nur, von was wir jenes »tempore liberari« verstehen sollen, von der Klagverjährung — oder einer obligatio ad tempus oder der lex Furia? Savigny (a. a. O.) behauptet das letztere (nach ihm auch Puchta, Instit. II. § 208 II.); Büchel (Civilrechtl. Erört. I. S. 74), Bekker (lib. cit. S. 432), Schwanert (lib. cit. S. 458) das erstere, während Heimbach, (in der cit. Zeitsch. S. 451) die Frage unentschieden lässt.

Gegen die Annahme einer obligatio ad tempus wird die Regel angeführt: obligationes ad tempus constitui non possunt¹⁾ (Bekker), ferner, dass dann hier nicht eine exceptio temporis, sondern die exceptio pacti conventi Platz greifen würde (Dahn); gegen die Annahme der lex Furia der Umstand, dass diese nur den Bürgen befreie und nicht den Hauptschuldner, von dem hier allein die Rede sei (Dahn). Für die Klagverjährung soll hauptsächlich sprechen, dass der Ausdruck »tempore liberari« für sie stehend ist. Man kann die Stelle drehen, wie man will, ihre Bezugnahme ist und bleibt unsicher.

Meines Erachtens kann man aber auch hier von jedem Entscheide ganz absehen; man darf selbst zugeben, dass hier in erster Linie von einer obligatio ad tempus die Rede sei und dennoch daraus einen Schluss ziehen auf die Klagverjährung. Wir haben ja in der historischen Einleitung gesehen, dass die Klagverjährung des prätorischen Edicts ihren juristischen Grund allein

¹⁾ l. 56 § 4 D. de V. O. 45. 1. l. 44 § 1 D. de O. et A. 44. 7. cf. l. 44 § 2 eod.

im Ablauf der Zeit hat. Bei der obligatio ad tempus wie bei der actio temporalis heisst es auf gleiche Weise: Du sollst so und so lange das Recht haben, zu fordern; forderst du in der bestimmten Zeit nicht, so wird angenommen, du habest auf dein Forderungsrecht verzichtet. Ob nun der dies ad quem durch Vertragswillen oder durch den Willen des Gesetzgebers bestimmt sei, ist doch gewiss einerlei.

Ich beziehe demnach obige Stelle ungescheut auf die Klagverjährung, wie auch alle andern, bei denen eine ähnliche Ungewissheit herrscht, so z. B. auch l. 37 D. de fidejuss. 46. 1. Aus allem, was wir an Quellenzeugnissen haben und nicht haben, scheint mir hervorzugehen, dass die ältern römischen Juristen selbst jene beiden Institute auch ziemlich als dasselbe betrachteten und darum auch gewöhnlich zusammen behandelten. Jener zweideutige Ausdruck »tempore transacto« müsste sie sonst sicher dazu geführt haben, die Bezugnahme der Stellen durch ein weiteres unzweifelhaftes Wort ausser Frage zu setzen.

Wird aber zugegeben, dass diese Stelle für oder *auch* für die Klagverjährung gelte, so ist ihre Beweiskraft vollkommen gesichert, was auch Savigny (a. a. O.) ohne Hinterhalt zugibt: »Wäre eine naturalis obligatio übrig gewesen, so hätte in Beziehung auf diese die Genehmigung Kraft haben müssen.«

Der solutio am nächsten kommt die *compensatio*.

Das naturale debitum, das noch nicht gezahlt, aber doch vom Recht anerkannt ist, kann vom debitor wie eine gewöhnliche Obligation compensationsweise geltend gemacht werden nach l. 6 D. de compens. 16. 2.

Etiam quod natura debetur, venit in compensationem (Ulpianus).

Ist nach eingetretener Klagverjährung noch Compensation der verjährten Schuld möglich, bleibt in dieser Beziehung eine naturalis obligatio bestehen? Auch hierüber sucht man in den Quellen vergeblich bestimmten Bericht.

Das Institut der Compensation bildete sich bei den Römern nur sehr langsam aus (Windscheid, Pand. § 348 Note 4). Ebenso langsam und allmählig entstand das Institut der Naturalobligationen; ihre Hauptentwicklung wird unzweifelhaft in die Zeit der classischen Juristen fallen; so haben wir schon oben die Behauptung Scheurl's wahrscheinlich gefunden, dass die Compensation für Naturalobligationen erst zur Zeit Ulpians zugelassen wurde. Die Vertheidiger der schwächeren Wirkung der Klagverjährung könnten damit den Mangel aller bezüglichen Quellenzeugnisse *vor* dieser Zeit genügend rechtfertigen, nicht aber den Mangel solcher *zu* und *nach* dieser Zeit. Die Juristen, die auch naturale Obligationen für compensabel erklärten, waren der Wichtigkeit dieser Neuerung vollkommen bewusst und haben sie auch gewiss bis in ihre äussersten Details geprüft und erwogen. Und doch keine Spur von der Compensabilität einer verjährten Schuld! Dieselbe wäre so wichtig und folgenreich, dass kaum anzunehmen ist, die alten Juristen hätten sie bloß übergangen, sei es nun in Ermanglung eines Falles, der ihre Entscheidung gefordert und ihnen dadurch eine Gelegenheit zur Erwähnung geboten, sei es, weil sie dieselbe überhaupt keiner Behandlung oder Bemerkung für nöthig erachteten. Bekker (a. a. O. S. 426) bemerkt ganz richtig: »Man sollte meinen, die Gelegen-

heit darüber sich auszusprechen habe den alten Juristen oft so nahe gelegen, dass sie nicht umgangen werden konnte. Paulus sagt:

fr. 5 § 6 de exc. d. m. 44. 4: non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est. nam haec perpetuo competit; cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem, cum quo agitur non habeat potestatem quando conveniatur.

— — — Bei diesen Gründen aber denkt Paulus ganz offenbar nicht daran, dass auch die actio doli noch nach Ablauf des Jahres exceptionsweise zum Zweck der Compensation geltend gemacht werden kann.« Aehnlich l. 5 de exc. 8. 36 (interdictum de vi¹).

Dass die causa obligationis sich nach verjährter Klage noch in der Möglichkeit einer *novatio* oder *delegatio* rechtlich wirksam zeigte, auch davon finden wir

¹) Bekker führt in Verbindung damit noch zwei weitere Stellen an, wo von der Fortdauer einer naturalis obligatio etwas angedeutet sein müsste. Es sind:

fr. 1 § 3 quando ann. de pec. a. 15. 2: merito autem temporariam in hoc casu fecit praetor actionem; nam cum morte vel alienatione exstinguitur peculium *sufficiebat usque ad annum produci obligationem*.

Und fr. 21 § 2 de fidej. 46. 1: servo tuo pecuniam credidi, eum tu manumisisti, deinde eundem fidejusserem accepi; si quidem in eam obligationem fidejubeat, *quae adversus te intra annum sit*, obligari eum ait; sin vero in naturalem suam, potius, ut nihil agatur.

Die erste Stelle ist von Ulpian, die zweite von Africanus. Ob auch diese zweite hierhergezogen werden darf, ist nach den historischen Bemerkungen sehr zweifelhaft.

in den Quellen nicht die geringste Spur (Savigny, Syst. § 251 V.), Grund genug, dieselbe auch nicht gewaltsam einer vorgefassten Idee zu Liebe hineinzuinterpretiren.

Gehen wir über zu den drei weiteren möglichen insignia einer naturalis obligatio: constitutum, fidejussio und pignus.

Das *pactum de constituta pecunia* bedarf zu seiner Begründung einer (eigenen oder fremden) Schuld. Diese braucht nicht nothwendig eine civilis obligatio zu sein; auch eine naturalis obligatio ist eine rechtlich vollkommen genügende Grundlage nach l. 1 § 7 de pec. const. 13. 5: debitum autem vel natura sufficit. Dieser Grundlage bedarf das constitutum jedoch blos zu seiner Begründung, sein Bestehen hängt im Ferneren nicht mehr davon ab. Das constitutum dauert ungestört fort, auch wenn die obligatio principalis untergegangen, im Falle der Gläubiger keine Befriedigung (satisfactio) daraus erlangt hat.

Für unsere Controverse, ob nach verjährter Schuldklage eine naturalis obligatio zurückbleibe, ist also natürlich nur die Frage von Bedeutung: lässt sich nach eingetretener Verjährung noch ein *neues* constitutum errichten, *begründen*. Sobald dies bewiesen würde, müsste auch das Uebrigbleiben einer obligatio naturalis angenommen werden als *nothwendige* Grundlage einer rechtlich gültigen Begründung des Constitums.

Ein ausdrückliches Zeugniss lässt sich aus den Quellen weder für die bejahende noch für die verneinende Beantwortung der Frage beibringen; wir sind auf einen blos indirecten Schluss aus folgender Stelle angewiesen:

l. 18 § 1 de pec. const. 13. 5 (Ulpianus):
Quod adjicitur: *eamque pecuniam, cum constitue-*

batur, debitam fuisse, interpretationem pleniorē exigit. Nom primum illud efficit, ut si quid tunc debitum fuit, quum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Julianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat: quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus quo non tenebatur.

Den Worten nach ist die Stelle wohl klar (Savigny, System V. S. 401). Die Haftung aus einem constitutum, das bei seiner Begründung das Requisite eines zu Grunde liegenden debitum (resp. naturale debitum) besass, dauert fort, auch wenn die obligatio principalis untergeht. Wer für eine obligatio constituit, wegen welcher dem Gläubiger eine temporalis actio zusteht, bleibt verhaftet, trotzdem für die principale Obligation der dies, der Verjährungstag eingetreten ist (Windscheid, Pand. § 284, hpts. Text zu Note 4). Nach Julian selbst derjenige, der von Anfang an erst für die Zeit »post tempus obligationis« constituit hat.

Was ist aber hier gemeint? Was ist alles damit gesagt, positiv und negativ?

Der negative Sinn dieser Stelle ist gewiss kein anderer als folgender: Ist das debitum erloschen, so kann ein *neues* constitutum darauf nicht mehr begründet werden. Dieser negative Inhalt wird denn auch von allen Bearbeitern der Stelle unumwunden zugegeben.

Wir haben oben beim zweiten Fall übersetzt: »für eine Obligation, wegen der dem Gläubiger eine actio temporalis zusteht« und haben also damit schon ausgesprochen, dass wir die Stelle auf die Klagverjährung bezogen wissen wollen. Wiederum ist es nämlich vorzüglich Savigny (a. a. O. S. 402), der diese Anwendung auf die Klagverjährung bestreitet und die Stelle auf die lex Furia bezieht. Diese Erklärung ist aber zu gesucht, der Fall der lex Furia zu singulär, als dass sie irgendwie wahrscheinlich erschiene; dem ganzen Wortlaut nach ist hier von einem viel allgemeineren Institut die Rede, das wir einzig in der Klagverjährung finden können. Dass sich aus den von Ulpian gebrauchten Ausdrücken »post tempus obligationis«, »eo tempore, quo erat obligatio«, ferner aus dem Wechsel der Bezeichnungen »obligatio« und »actio« nichts gegen unsere Annahme beweisen lässt, geht schon aus Früherem hervor und ist auch von Demelius (lib. cit. S. 75) neuerdings dargethan worden.

Die Vertheidiger der stärkeren Wirkung der Klagverjährung räumen, indem sie obige Stelle auf die Klagverjährung beziehen, ihren Gegner damit nun allerdings ein, dass auch nach verjährter Schuldklage das *constitutum* noch *fortexistire*. Diese schliessen daraus: also bleibt eine *naturalis obligatio* übrig. Savigny meint denn auch, dass die Vertheidiger der stärkern Wirkung consequenterweise auch die *Fortdauer* der *constitutum tempore transacto* leugnen sollten. Dies ist aber durchaus nicht nothwendig, ohne desshalb der Inconsequenz bezichtigt werden zu dürfen.

Das *constitutum* dauert allerdings fort, aber der Grund liegt durchaus nicht im Dasein einer *naturalis*

obligatio, denn würde wirklich eine solche übrig bleiben, was sollte denn eigentlich hindern, auch noch ein neues constitutum darauf zu begründen? Der wahre Grund der Fortdauer des Constitutums liegt vielmehr darin, dass dasselbe eben eine für sich bestehende Obligation ist, dass die Verbindlichkeit des Constituenten nur durch solche Ereignisse erlischt, welche eine Befriedigung des Gläubigers zur Folge haben (Vangerow, Pand. III. S. 144, Büchel, lib. cit. S. 61, Schwanert, lib. cit. S. 204 Anm. 33). Dies ist in unserer Stelle denn auch ausgedrückt in den Worten »quia retrorsum se actio refert«, d. h. weil die actio nur auf die eigene Begründung des constitutum zurückgreift.

Die Anführung dieses speziellen Grundes und die erklärende Hinweisung auf die Edictsworte »EAMQUE PECUNIAM, CUM CONSTITUEBATUR, DEBITAM FUISSE« zeigen offenbar, dass die Juristen bei diesem Fall nicht im geringsten an eine naturalis obligatio dachten, denn hätten sie eine solche vor Augen gehabt, so hätte auch jener Grund von der Relation der Klage keine Bedeutung; man würde sich vielmehr auf das Princip berufen haben: debitum autem vel natura sufficit.

Und doch sagen wir trotz alledem anschliessend an einen gleichlautenden Auspruch von Paulus über das pignus: remanet naturalis obligatio propter constitutum. Ist dies aber nicht ein Widerspruch, scheinen wir damit nicht das directe Gegentheil zu behaupten von dem, was wir oben sagten? Eine kurze Erörterung wird die Sache aufklären.

Wir haben gesagt, das constitutum nehme allein Bezug auf seine Begründung; im pactum de pecunia

constituta liege die ganze Berechtigung seines ferneren Daseins, seiner auch die verjährte und damit untergegangene Hauptobligation überdauernden Fortexistenz. Das pactum de pecunia constitua nimmt nun aber Bezug auf eine bestehende Obligation; diese Bezugnahme ersetzt den Mangel der causa civilis. Das constitutum stützt sich natürlich stets auf seinen Begründungsact, in dem aber als nothwendiges Requisit desselben die alte Obligation fortlebt und denn auch in dieser und nur dieser Weise noch naturaliter rechtliche Anerkennung findet. Es ist ein grosser Unterschied, ob man sagt, die Klagverjährung lasse eine naturalis obligatio übrig und eine Wirkung dieses Residuums sei das Weiterleben des constitutum, oder ob man behauptet: die Klagverjährung zerstört an und für sich die obligatio vollkommen, *nichtsdestoweniger* lebt das constitutum fort und dieses, das seinen Bestand in sich selbst trägt, dieses und nur dieses sichert der causa der untergegangenen obligatio noch einige (eben nur in ihm ruhende) Bedeutung. Und das letztere ist nun gerade unsere Ansicht.

So weit dürften wir nun allerdings nicht gehen, wenn wir mit den Aeltern unter einer naturalis obligatio ein debitum mit einem bestimmten, feststehenden Inhalt verstehen würden; frühere Ausführungen werden jedoch deutlich gemacht haben, wie die naturalis obligatio vermöge ihrer Relativität bis zu einem Minimum herabgedrückt werden kann.

Es muss denn aber an dieser genauen Beschränkung strenge festgehalten werden; Schlüsse zu ziehen auf die möglichen »*Wirkungen*« der naturalis obligatio, wäre der grösste Fehler. Die Analogie, die wir später beim

pignus ziehen werden, ist nicht ein solcher Schluss, sondern beruht auf der juristischen Verwandtschaft von constitutum und pignus.

Betrachten wir im Folgenden die Quellenzeugnisse, die man in Beziehung auf die *fidejussio* gewöhnlich hieher zu ziehen pflegt. Auf die Bürgschaft bezieht sich vorerst folgende Stelle:

l. 38 § 4 D. de solut. 46. 3: Sis quis pro eo (reo [Hal]) reverso fidejusserit, qui, quum reipublicae causa abesset, actione qua liberatus sit, deinde annus praeterierit, an fidejussor liberetur? Quod Juliano non placebat et quidem si cum fidejussore experiundi potestas non fuit; sed hoc casu in ipsum fidejussorem ex Edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fidejussorem, qui hominem promissum occiderit (Africanus).

Diese Stelle ist nach den verschiedensten Beziehungen stets ein Gegenstand lebhaftester Controverse gewesen und nach allen bisherigen Versuchen ist auch keine grosse Hoffnung, diesen Erisapfel jemals ganz wegzubringen. Eine Conjectur des Textes allein könnte vielleicht Klarheit bringen, so wäre es z. B. sehr verlockend, das Wörtchen »reverso« zu emendiren, das hauptsächlich dazu beiträgt, die Erklärung unserer Stelle zu erschweren. Doch bleiben wir einstweilen bei dem jetzigen Wortlaut!

In welchem Zeitpunkt wurde die Bürgschaft eingegangen? Vor oder nach Ablauf der Verjährungszeit? Welches ist die Ursache der Befreiung von der Klage? Ist hier die Rede von der Klagverjährung oder muss

diese Annahme verworfen werden und auf was ist in diesem Fall die Stelle zu beziehen?

Wir sehen, dass es bei dieser Stelle nicht an Streitpunkten fehlt, Streitpunkte, die zu lösen die Erklärungen von Büchel und Heimbach kaum geeignet sind. Ich stelle mir die Sache so vor: Der Debitor ist absens reipublicae causa. Actione qua liberatus est, — aber wie das? Mit Schwanert (lib. cit. S. 459) dies dahin zu verstehen, dass der Debitor während dieser Zeit der actio bloß »nicht ausgesetzt« sei, ist mehr als bedenklich. In diesem Fall liesse sich gar nicht einsehen, warum der Jurist einen so verwickelten Fall gewählt hätte; der debitor reversus wäre eben wieder ganz gewöhnlicher debitor, seine absentia ganz ohne Bedeutung, was gewiss nicht im Sinne unserer Stelle liegt. Es ist hier vielmehr eine förmliche *Befreiung* gemeint. Aber wie kann der debitor absens befreit werden, da die Klagefrist bei den actiones temporales tempus utile ist? Diesen Einwand macht Savigny (a. a. O. S. 400 Anm. h.) »Diese (die prätorischen Annalklagen) aber hatten utile tempus, wobei die Zeit der Abwesenheit ipso jure abgerechnet wurde, also nicht zu einer Restitution Veranlassung gab.« Er bezieht denn auch die Stelle wieder auf die Lex Furia oder die Processverjährung. An die Lex Furia können wir aber mit Dahn deswegen nicht denken, weil sich diese auf die Schuld des Bürgen und nicht auf die des Hauptschuldners bezieht. Die Processverjährung liegt hier zu ferne. Der einzige Weg, sich zu helfen, ist wohl der, dass man den Fall von einer actio temporalis versteht, deren tempus eben nicht utile ist, also auch von obigem Einwand von Savigny nicht getroffen wird. So hat z. B. die querela

inofficiosi testamenti nicht tempus utile, sondern tempus continuum.¹⁾ Der debitor kehrt also zurück actione liberatus während der Dauer seiner Abwesenheit.

Jetzt erst stellt er einen Bürgen (Si quis fidejusserit *reo reverso*). Doch wozu dies noch, wenn er schon liberirt ist? Unsere Stelle nimmt Bezug auf l. 1 § 1 D. ex quibus causis majores 4. 6. Denn auf Grund derselben hat der Gläubiger gegen den Schuldner den Restitutionsanspruch. Auf ihn passt nämlich mit dem unwesentlichen Unterschied, dass das Klaghinderniss in der Person des debitor lag, — der Fall des Edicts: SIVE CUIUS ACTIONIS EORUM CUI DIES EXISSE DICETUR«. Dass oben gerade der Fall »si quis rei publicæ causa abesset« angewandt ist, ist ohne besondere Bedeutung und hängt wohl damit zusammen, dass in jenem Edict dieser Restitutionsgrund an der Spitze der anderen steht und diese also gleichsam repräsentirt (cf. Weiske, Rechtslex. B. IX. S. 342 unter »Restitution«). Es könnte demnach eben so gut ein anderer Hinderungsgrund für die Anstellung der Klage, der zugleich Restitutionsgrund ist, angegeben sein. Auf diesen Restitutionsanspruch gründet sich wohl die Bürgschaft nach verjährter Klage.

Damit erklärt sich denn auch der Ausdruck »deinde annus praeterierit«. Es ist darunter nicht der annus utilis der Verjährung verstanden (so fasst ihn z. B. Schwanert (lib. cit. S. 459) auf), sondern der annus des Restitutionsanspruches. Siehe die worte des Edicts

¹⁾ Demelius lib. cit. S. 37: »Hier ist aus dem biennium kein annus utilis gemacht worden, weil die Querel nicht durch die Hände des Prätors gegangen ist.

in l. cit.: »EARUM RERUM ACTIONEM INTRA ANNUM.«

Die Frage »an fidejussor liberetur?« würde sich demnach auf die Zeit nach Ablauf des Jahres beziehen, während welchem dem Gläubiger der Restitutionsanspruch zustand. Julianus verneint die Frage für den Fall »si cum fidejussore experiundi potestas non fuit«, wenn der Bürge sich während dieser Zeit dem Arme des Gläubigers entzogen hatte, dieser jenes nicht auf dem Wege des Rechts habhaft werden konnte. Diese Entscheidung ist nun allerdings eine sehr unerwartete, der Accessionsmässigkeit der Bürgschaft durchaus nicht entsprechende. Dies weiss der Jurist sehr wohl und er spricht dies auch aus, indem er den ähnlichen Ausnahmefall zu Hülfe ruft: »quemadmodum in eum fidejussorem qui hominem promissum occiderit«, dessen Inconsequenz z. B. Papinian betont in l. 19 D. de dolo 4. 3:

Si fidejussor promissum animal ante mortem occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Julianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentiam ipse quoque dimittitur.

Die Richtigkeit dieser Auffassung vorausgesetzt, so ist damit die gewöhnliche — aber auf jeden Fall unhaltbare — Meinung beseitigt, die von Vertheidigern beider Theorien getheilt wird, dass in unserm besprochenen Fall die Bürgschaft *vor* Verjährung der Klage eingegangen worden sei; die obligatio ist vielmehr bereits erloschen.

Wenn damit scheinbar die schwächere Wirkung angenommen wird, indem wir ja — wird man sagen — die Möglichkeit der Bürgschaftsleistung nach verjährter

Klage zugeben, so ist dagegen darauf aufmerksam zu machen, dass hier von einem ganz speziellen Fall die Rede ist und dass nicht das ursprüngliche debitum oder eine übrig bleibende naturalis obligatio ihre Grundlage bildet, sondern dass sie ihr Fundament allein in dem Restitutionsanspruch des Gläubigers findet.

Ich gebe zu, dass mit dieser Erklärung noch nicht alle Schwierigkeiten gelöst sind; doch bleibt der Schlusseindruck der ganzen Stelle der, dass die Klagverjährung keine naturalis obligatio übrig lässt, indem man sonst wohl kaum zu dem Hülfsmittel der in integrum restitutio Zuflucht genommen hätte.¹⁾

Weniger unklar und schwierig, wenn auch kaum weniger bestritten, ist folgende Stelle:

l. 37 § 7 D. de fidej. 46. 1. (Paulus) Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur, quoniam erroris fidejussio nulla est.

Der Sinn ist der: Ein Debitor, gegen den die Klage verjährt, der also frei ist, stellt einen Bürgen. Dieser Bürge haftet jedoch nicht, da die Bürgschaft für einen Irrthum, resp. für eine nur irrthümlich angenommene Schuld null ist. L. 60 D. h. t. sagt aber:

Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut naturale debitum maneat, teneri fidejussorem respondit —

Und daraus folgt der einfache Schluss: in jenem Fall bleibt *keine* naturalis obligatio übrig.

¹⁾ Ueber l. 29 § 6 D. mandati 17. 1, l. 69 D. de fidej. 46. 1 und l. 71 § 1 de solut. 46. 3, die der besprochenen Stelle entgegengehalten werden cf. Dahn (lib. cit. S. 30), Schwanert (lib. cit. S. 462 Anm. 35).

Allein auch hier wieder bestreitet man die Anwendung auf die Klagverjährung. Diesmals ist allerdings auch Savigny auf unserer Seite, der sonst wo immer möglich von diesem Einwand Gebrauch macht, wie wir schon mehrmals zu sehen Gelegenheit hatten; er gesteht hier, die Stelle lasse sich am einfachsten von der Klagverjährung verstehen, — ein Zugeständniss, das bei ähnlichen Stellen sehr wohl gegen ihn selbst in's Feld geführt werden kann. Gesetzt aber auch, die lex wäre wirklich von einer obligatio ad tempus gebraucht (Guyet, Unterholzner, Puchta), so könnte uns dies auch hier nicht hindern, daraus einen analogen Schluss auf die alten actiones mit einem dies ad quem zu ziehen. Ich verweise auf das bei Anlass der l. 25 § 1 D. rat. rem. hab. 46. 8 Gesagte.

Was von gegnerischer Seite aus den Worten »erroris fidejussio nulla est« geschlossen wird, ist jedenfalls unrichtig. Savigny und Puchta (Vorlesungen I. S. 430), die beide damit die schwächere Wirkung vertheidigen wollen, widerlegen sich gegenseitig selbst. Die Worte sagen nichts anderes als: Die Verbürgung eines Irrthums, d. h. einer bloß errore bestehenden obligatio ist nulla (Brinz, Pand. I. S. 163). Alle Einwendungen, die aus ihnen gezogen werden, beruhen auf demselben falschen Grundgedanken. Man übersetzt und fasst die Stelle auf, als ob stünde »*errore fidejussio*« d. h. eine Verbürgung *aus Irrthum*, indem man den Irrthum zum Grund der Verbürgung macht und damit auch zum Grund, warum die fidejussio nulla sei. Der Grund liegt jedoch in Wahrheit darin, dass auch nicht einmal mehr eine naturalis obligatio übrig bleibt, die nach l. 60 cit. die Grundlage für eine neue Bürgschaft bilden könnte.

Gesetzt auch einmal, es bliebe wirklich eine *naturalis obligatio* übrig und der *error* wäre der Nullitätsgrund der Bürgschaft, dann wäre, wie Puchta richtig bemerkt, der Ausdruck der Stelle ungenau, da ja in diesem Falle die Bürgschaft immerhin eine *ulla* sein müsste. Dass aber jener Ausdruck »*quoniam — nulla est*«, der bei unserer Auffassung durchaus überflüssig werden soll, dennoch seine gute Berechtigung hat, wird an verschiedenen Orten ausgeführt. Er gibt die einzige Erklärung, wie man überhaupt dazu kommen kann, für eine vollständig erloschene Obligation noch Bürgschaft zu bestellen: dies kann, wenn nicht eine Anerkennung der verjährten Schuld darin liegen soll, was die Sachlage dann allerdings vollkommen ändern würde, allerdings allein aus Irrthum geschehen; Nullitätsgrund ist aber nicht dieser Irrthum, sondern vielmehr das Fehlen, das Nichtmehrvorhandensein der zur Bürgschaft notwendigen Grundlage, die irrthümlicherweise als noch bestehend angenommen wurde. Es ist eben eine *erroris fidejussio* d. h. eine Bürgschaft ohne Grundlage. Weiter ist mit jenen Worten nichts gesagt.

So schlagen auch hier die zu Gunsten der schwächeren Wirkung angezogenen Beweise bei richtiger Betrachtung in das Gegentheil um; sie werden zu Beweisen für die stärkere Wirkung.

Es mag vielleicht wundern, dass wir bei der Bürgschaft nicht denselben Standpunkt vertheidigen wie beim *Constitutum*, nicht auch hier wenigstens zugestehen: *remanet naturalis obligatio propter fidejussionem*. Es erklärt sich dies aus der juristischen Natur der Bürgschaft in ihrem Unterschied zu derjenigen des *Constitutum*. Dieses steht zur Hauptschuld im Verhältniss

einer Solidarobligation, jenes im Verhältniss einer Correalobligation. Hauptschuld und Constitutum sind nicht Eine, sondern zwei von einander verschiedene Obligationen; jene kann untergehen, dieses setzt ungestört seinen eigenen Weg fort (»suas condiciones habet«) *gegen* die Regel »principali re peremta accessiones quoque extinguuntur«, sobald jener Untergang nicht einer Befriedigung gleichkommt. Der Bürge dagegen begründet nicht eine neue Verbindlichkeit für sich (Windscheid, Pand. II. § 476), er tritt nur als neues Subject in die alte Obligation; die Bürgschaft ist eine streng accessorsche. Für *sie* gilt denn auch durchweg obige Regel, mit wenigen Ausnahmen sogar der noch weiter gehende Satz: *Omnes exceptiones, quae reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito reo competunt*. Das constitutum erlöscht nur durch solche Ereignisse, die eine Satisfaction des Gläubigers herbeiführen.

Mit dem constitutum theilt diese Natur das pignus. Wir kommen damit auf das letzte insigne der Naturalobligation, auf das *Pfandrecht*.

Auch das Pfandrecht ist ein accessorisches Recht, aber auch es geht wie das constitutum, nachdem es einmal entstanden, »seine eigenen gewiesenen Wege (suas condiciones habet. l. 13 § 4 de pignor. 20. 1)« (Vangerow, Pand. I. § 364 Anm. 2.¹⁾); auch es soll nur dann wegfallen, wenn der Untergang der principalen Obligation einer Befriedigung des Gläubigers gleichkommt. Die Aehnlichkeit geht aber wohl noch weiter. Auch das pignus und die hypotheca können nur auf Grund einer Obligation, einer civilen oder naturalen, *errichtet* werden; nach der Begründung kann man wie beim Constitutum gewiss auch hier sagen: *actio se*

refert etc. Es ist darum wohl kaum zu weit gegangen, wenn wir einstweilen schon allein dieser Analogie halber sagen: *remanet naturalis obligatio propter pignus*, aber wieder in demselben Sinne und in demselben beschränkten Umfang wie beim *Constitutum*. Die Hauptobligation ist nach geschehener Klagverjährung zerstört, untergegangen; das Pfandrecht kann nichtsdestoweniger unter gewissen Umständen auf eigne Faust weiterleben; dadurch und nur dadurch lebt die alte Obligation naturaliter fort, d. h. als Möglichkeit einer dereinstigen mittelbaren solutio. Die *naturalis obligatio* ist nicht die Ursache der Fortexistenz des Pfandrechts, sondern die Folge derselben; die Regel »die Klagverjährung zerstört die Obligation vollständig« bleibt dennoch in ihrem Recht.

Schon jene Analogie allein also würde diesen Schluss vollkommen rechtfertigen. Derselbe wird aber auch noch anderweitig unterstützt.

Ein sehr wichtiges Argument ergibt sich aus dem Resultat, das wir später bei der jüngeren, eigentlichen Klagverjährung gewinnen werden. Wir werden am betreffenden Orte darauf zurückkommen; einstweilen möge es genügen, auf diesen Beweis verwiesen zu haben.

Ein Argument, das ebenfalls schwer ins Gewicht fällt, bietet das vielbesprochene, viel angefochtene Rescript von Gordian in l. 2 C. de luitione pig. 8. 31:

Intelligere debes, vincula pignoris durare
personali actione submota.

Es erklärt sich diese Stelle genügend aus unserer Auffassung. Was den endlosen Streit anbetrifft, der von jeher darüber von den verschiedensten Seiten geführt wurde (Heimbach, Löhr, Savigny etc. etc.), so verweisen wir auf die höchst übersichtliche Darstellung bei Dahn (a. a. O. S. 35 u. ff.).

Zur ferneren Unterstützung von der stärkern Wirkung der Klagverjährung mag auch noch folgende Stelle dienen l. 1 § 4. 5. 6 D. de dolo 4. 3 (Ulpian):

Ait Praetor: *si de his rebus alia actio non erit*; merito Praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a Praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri; usque adeo, ut et Pedius libro octavo scribat, etiamsi interdictum sit, quo quis experiri, vel exceptio, qua se tueri possit, cessare hoc Edictum. Idem et Pomponius libro vicesimo octavo; et adjicit, etsi stipulatione tutus sit quis, eum actionem de dolo habere non posse, utputa si de dolo stipulatum sit. § 5. Idem Pomponius ait, etsi actionem in nos dari non oporteat, veluti si stipulatio tam turpis dolo malo facta sit, ut nemo daturus sit ex ea actionem, non debere laborare, ut habeam de dolo malo actionem, quum nemo sit adversus me daturus actionem § 6. Idem Pomponius refert, Labeonem existimare, etiamsi quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere; et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere sibi imputaturo eo, qui agere supersedit, nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit, ut tempus exiret.

Dass hier wirklich von der Klagverjährung die Rede ist, beweist der für sie technische Ausdruck »actio tempore finita«.¹⁾

¹⁾ Rubr. Cod. Theod. 4. 14.

Die Stelle erläutert die Edictsworte »si alia actio non sit« und zeigt, in welcher Ausdehnung dies gemeint sei. Die actio doli soll ihrer infamirenden Eigenschaft halber nicht ertheilt werden, so lange noch irgend ein schonenderes Hülfsmittel zu Gebote steht. Sie soll, »ut Pedius scribat«, selbst dann ausgeschlossen sein, wenn der Betrogene auch nur ein interdictum hat oder eine exceptio, »qua se tueri possit«. Im weiteren werden nun Fälle angeführt, in denen sogar jene Hülfsmittel mangeln und *dennoch* die actio doli ausgeschlossen sein soll, — alles Fälle, bei denen eigentlich jene Regel Platz greifen sollte, wo aber wider unser Erwarten trotzdem die actio verweigert wird. So soll dies selbst dann gelten, wenn eine Klage zwar nicht mehr Statt hat, aber durch in integrum restitutio wieder erlangt werden kann. Ebenso — ist nun der Sinn des § 6 — sollte man auch, wenn eine Klage verjährt ist, nun die Zulassung der actio doli erwarten nach der obigen Regel; aber auch hier soll sie ausgeschlossen sein — sibi imputaturo eo, qui agere supersedit. *Dieses* ist der Grund, warum die actio ausgeschlossen wird, und nicht, weil ein anderes Rechtsmittel (hier exceptio) da wäre. Hätte der Gläubiger auch nur noch irgendwie ein Mittel, sich zu helfen, so müsste die actio *desswegen* verweigert werden und nicht aus dem angegebenen Grunde.¹⁾

¹⁾ Savigny und Dahn wollen, indem sie auf die Worte »qua se tueri possit« verweisen, diese Ausdehnung nicht gestatten. Ich trage kein Bedenken, dies dennoch zu thun, einmal weil jene Stelle ihrem ganzen Sinn nach auch wirklich im weitesten Umfang verstanden sein will; dann darf man ja nur den Fall setzen, der Schuldner hätte z. B. bereits eine liquide Gegenforderung, in Bezug auf welche der Gläubiger sich vollständig durch die exceptio compensationis »tueri possit«.

Die Stelle fährt fort: die *actio doli* soll dagegen gewährt werden, wenn dem Verpflichteten *dolus malus* zur Last fällt.

Im zweiten Fall wird die *actio* gegeben, denn der Gläubiger hat keine *naturalis obligatio* mehr, auf die er sich exceptionsweise stützen könnte; im ersten Fall wird sie verweigert, *obschon* der Gläubiger keine *exceptio* mehr hat, eben aus dem angeführten Grunde »*sibi imputaturo eo qui agere supersedit.*«

Sehr zu unseren Gunsten spricht auch noch ein weiteres Moment. In einer Reihe der oben behandelten Stellen findet sich der Ausdruck »*tempore liberari*«. Dieser spricht deutlich für die Befreiung von *aller* Verbindlichkeit, eine Behauptung, die Heimbach (in der angef. Zeitsch. S. 488) durch eine Menge der schlagendsten Quellenbelege erhärtet z. B. l. 3 § 1 D. quae in fraudem cred. 42. 8, l. 9 § 3 D. de jurej. 12. 2. Treffend ist namentlich l. 45 D. de admin. et peric. tutor. 26. 7:

... Is autem, qui *tempore liberatus* est, non ei similis est, qui nihil habet, sed ei, qui satisfecit; habet enim, quod objiciat petitori.

Paulus lässt sich hier nicht missverstehen; deutlicher kann man die absolute Wirkung der Befreiung durch Zeitablauf — also auch der Klagverjährung — kaum bezeichnen. Eine eigentliche, vollkommene Satisfaction darf man nun allerdings nicht annehmen, denn dies würde l. 18 § 1 de constit. pec. 13. 5 geradezu widersprechen. Allein selbst mit vollkommener Wahrung des in dieser l. 18 Ausgesagten lässt sich nach obiger Stelle immerhin behaupten, dass die *tempore liberatio* die vollkommene Zerstörung der *obligatio* in sich begreift.

Noch mögen hier einige andere Quellenaussprüche erwähnt werden, sowohl um ihrer selbst willen als auch besonders, weil sie ein recht helles Licht auf die für das *constitutum* und das *pignus* behauptete Stellung zu werfen geeignet sind.

Auch Heimbach (cit. Z. S. 453), der jedes Uebrigbleiben einer *naturalis obligatio* verwirft, auch in der von uns angenommenen uneigentlichen, vermittelten Weise, muss dennoch anerkennen, dass es allerdings einige Fälle gebe, »in denen, auch wenn die Temporalklage verjährt ist, doch die Verbindlichkeit nach wie vor fort dauert«.

Nach l. 9 § 2 D. de admin. et peric. tutor. 26, l. 6 § 12, l. 8 pr. D. de negot. gest. 3. 5 soll der tutor, der mit einer *temporalis actio* belangt werden kann, die Schuld zu rechter Zeit abtragen; widrigenfalls dauert seine Verbindlichkeit auch nach Ablauf der Klage fort. Das gleiche gilt nach l. 18. 19 pr. D. de negot. gest. 3. 5 für den *negotiorum gestor*.

Mit Bezug auf diese Fälle sagt nun Heimbach (a. a. O.): »der Grund, warum der Geschäftsführer (und der tutor) die Schuld, die er vor Ablauf der Klagzeit hätte bezahlen sollen, noch später bezahlen muss, liegt nicht in der fort dauernden *obligatio naturalis*, sondern in seiner Verpflichtung als Geschäftsführer (resp. tutor), welche erst eine solche *naturalis obligatio hervorbringen*.« Es ist mit diesen Worten geradezu zugegeben, was wir auch für das *constitutum* und das *pignus* in Anspruch nehmen. Die Klagverjährung lässt an und für sich keine *obligatio naturalis* übrig, sondern zerstört die principale Obligation von Grund aus; besondere Gründe nur können der *causa obligationis* noch in bestimmter,

beschränkter Hinsicht rechtliche Anerkennung verschaffen: dort das besondere Treu- und Glaubensverhältniss der tutela (l. 27 D. de admin. et peric. tut. 26. 7) und negotiorum gestio (l. 10 in f. l. 27 pr. D. de negot. gest. 3. 5 etc.), hier die Eigenthümlichkeit des constitutum und des pignus. Die angeführten Stellen zeigen deutlich, was mit der Behauptung »naturalis obligatio remanet propter constitutum et pignus« gemeint ist; sie erhärten auch die Richtigkeit dieses Ausspruchs auf's Evidenteste.

Das Resultat für die *ältere* Klagverjährung lautet demnach: Dieselbe zerstört die obligatio vollkommen, lässt keine naturalis obligatio übrig; remanet autem obligatio naturalis propter constitutum et pignus, aber nur durch diese und für diese; die causa obligationis bleibt nur mittelbar und nur in dem ganz beschränkten Umfang rechtlich wirksam, als diese beiden Accessionen dies nach ihrer eigenen inneren Eigenthümlichkeit erfordern.

Dahn findet jeden solchen »Mittelweg« ungerechtfertigt, inconsequent, — ein Vorwurf, der durchaus unrichtig ist und nur aus einer irrigen Anschauung über das Wesen der Naturalobligationen herkommen kann. Das bei verschiedenen Gelegenheiten früher Gesagte möge zu seiner Widerlegung hinreichend sein!

Ich gehe über zur neueren, d. h. zur Klagverjährung im eigentlichen Sinne des Wortes.

C. Die neuere Klagverjährung.

Wie wir im ersten Theile unserer Arbeit gesehen haben, sind die ältere und die jüngere Klagverjährung in ihrem Princip wohl auseinanderzuhalten. Die beiden Institute beruhen auf durchaus verschiedenen Rechtsgedanken: jene auf der Anschauung, dass die Klage zerstört werde durch den blossen Ablauf der mit der Geltendmachung des Rechts verknüpften Zeit, diese auf einer Anschauung, welche das ganze Gewicht nicht mehr auf den Zeitablauf legt, sondern auf die Unthätigkeit, das »juge silentium« des Klagberechtigten während einer fixirten Zeit.

Hat diese principielle Verschiedenheit auch eine Verschiedenheit der Wirkungen zur Folge? Ohne inconsequent zu werden darf man dies unbedingt annehmen; von einigen Seiten ist denn auch in der That jene Verschiedenheit auch auf die Wirkungen ausgedehnt worden. Demelius und Brinz nehmen für die ältere Klagverjährung die stärkere, für die jüngere die schwächere Wirkung in Anspruch. Bei der jüngern Klagverjährung soll eine naturalis obligatio übrig bleiben mit allen den ihr eigenthümlichen »Wirkungen«, d. h. in ihrem vollsten, weitesten Umfang.

So sehr an der historisch-dogmatischen Auseinanderhaltung beider Institute festzuhalten ist, den Schluss auf die Verschiedenheit ihrer Wirkungen muss ich dennoch entschieden bestreiten und zwar zunächst selbst wieder aus einem historischen Grunde, den ich bereits oben (S. 10) auf diese Stelle verweisend angedeutet habe.

Die Kaiser, welche die neuere Klagverjährung decretirten, waren sich jenes mehrfach berührten inneren Unterschiedes nicht im mindesten bewusst, so wenig als die Praxis, welche allmählig auf jene hingedrängt hatte. Indem man sein ganzes Augenmerk auf den *Effect* der alten Temporalklagen richtete, vergass man, welches Princip denselben eigentlich zu Grunde lag, welches ihre innere Berechtigung zur Zeit ihrer Entstehung gewesen war. Das Resultat, das sich nach und nach aus der *longi temporis praescriptio* herausbildete, die eigentliche Klagverjährung mit ihrer auf die Unthätigkeit des Klagberechtigten gerichteten Tendenz wurde gar nicht als etwas Neues aufgefasst; sie war in dem Sinne der gesetzgebenden Kaiser nichts mehr als eine Erweiterung der alten Klagverjährung, deren rechtliche Wirkung sie denn auch ohne Umstände für das neue Institut adoptirten.

Die ältere Klagverjährung blieb in ihren Wirkungen durchaus unverändert, *cum suo robore durabat*, wie die folgende l. 4 C. de praesc. XXX a. 7. 39 ausdrücklich betont:

... cunctas quidem temporales exceptiones, quae ex vetere jure vel principalibus decretis descendunt, tanquam si per hanc legem specialiter ac nominatim fuissent enumeratae, *cum suo robore durare*, et suum cunctis, quibus competunt vel in posterum competere valuerint, pro suo videlicet tenore praesidium in perpetuum deferre decernimus.

Hätte die neuere Klagverjährung wirklich von abweichender Wirkung begleitet sein sollen, so hätte in den kaiserlichen Constitutionen, wie nicht anders an-

genommen werden kann, dieser Unterschied — bei seiner enormen Wichtigkeit — nicht nur angedeutet, sondern deutlich dargelegt werden müssen. Es findet sich aber weder von dem einen noch von dem andern irgendwo eine Spur. Wir finden im Gegentheil beim Pfandrecht die bestimmte, unzweifelhafte Bestätigung des Satzes »remanet naturalis obligatio propter pignus« für die *gesammte* neuere Klagverjährung wiederholt ausgesprochen.

Remanet naturalis obligatio propter pignus. Nur wenn wir diesen Satz in dem von mir im letzten Abschnitte behandelten Sinne zugeben, erklärt sich — ohne zu der ungerechtfertigten schwächern Wirkung der Klagverjährung unsere Zuflucht nehmen zu müssen — die scheinbar durchaus willkürliche Bestimmung der kaiserlichen Constitutionen, dass die Pfandklage ausnahmsweise erst in vierzig Jahren verjähren solle.

Schon Theodos hatte die Pfandklage gegenüber dem Verpfänder von der Verjährung ausgenommen.

1. 3 C. de praesc. XXX a. 7. 39: Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Sed si qua res vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda; *eodem etiam in ejus valente persona qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare.*

Justinian beschränkte die Dauer der Pfandklage auch gegenüber dem Verpfänder; aber auch er gibt ihr noch 10 Jahre über die gewöhnliche Verjährungszeit hinaus:

l. 7 § 1 C. eod.: Quam ob rem jubemus, hypothecarum persecutionem, quae rerum moveatur gratia vel apud debitores consistentium vel apud debitorum heredes, non ultra quadraginta annos, ex quo competere coepit, prorogari . . .

Diese Bestimmungen der beiden Kaiser haben den Bearbeitern unseres Themas von jeher der Hauptpunkt der ganzen Lehre geschienen. Die Vertheidiger der relativen Theorie glaubten damit ihre Behauptung unumstösslich bewiesen zu haben; sie schlossen, dass, weil die Pfandklage die verjährte Schuldklage überdauern könne, darum die Verjährung offenbar eine naturalis obligatio übrig lassen müsse. Die Vertheidiger der stärkeren Wirkung, indem auch sie die Bedeutung dieses Punktes für unsere Frage überschätzten, suchten ihrerseits nach allen möglichen Ausflüchten, um diese unbequemen Stellen mit ihrer Ansicht von der Wirkung der Klagverjährung in Harmonie zu bringen. Heimbach meint, es sei jene Regel nur gegeben für Verpfändungen auf Grund von Naturalobligationen, die bekanntlich nicht verjähren, eine Behauptung, der jede Begründung abgeht, die nicht einmal die Wahrscheinlichkeit für sich hat. Die Regel ist nach ihrer Stellung und nach ihrem Ausdruck ganz allgemein; jede Erklärung, die ihr einen besondern Fall unterlegen will, ist daher von vorneherein zu verwerfen. Wie die Heimbach's so also auch die von Löhr, welcher die Verjährungszeit für die actio hypothecaria später beginnen lassen will als die Verjährungszeit für die actio personalis.

Wieder sucht man jene Bestimmung dadurch zu entkräften, dass man sie als ungerechtfertigte, inconsequente Ausnahme darstellt. So sagt z. B. Gneist (Pand.,

Collegienheft § 28): »Sie kommt nicht aus einer ratio juris, denn diese ganze Anomalie ist ein rein positives Product kaiserlicher Constitutionen aus der christlichen Zeit, wo eben allerlei versucht wurde.«

Alle diese gezwungenen Erklärungen sind entbehrlich. Wir dürfen ja mit den Vertheidigern der schwächern Wirkung zugeben, dass das Pfandrecht die persönliche Klage überdaure, ohne desshalb der absoluten Theorie etwas zu vergeben. Das Verhältniss, das wir auch hier wieder im Auge haben, haben wir bereits oben theils beim Constitutum theils beim Pfandrecht des Weitläufigern auseinandergesetzt;¹⁾ was ein nochmaliges Eingehen auf diesen Punkt an dieser Stelle unnöthig macht.

Ich habe oben behauptet, die neuere Klagverjährung habe die gleichen Wirkungen wie die ältere, sie lasse keine naturalis obligatio übrig; dennoch habe ich jenen Satz zugegeben: naturalis obligatio remanet propter pignus. Wie bei der ältern Klagverjährung füge ich auch hier wieder hinzu: remanet naturalis obligatio etiam propter constitutum. Das Constitutum ist sich auch im späteren römischen Recht seinem Wesen nach geblieben, es hat auch seine Kraft, die principale Obligation zu überdauern und seinen eigenen Weg zu gehen, nicht verloren; ich finde desshalb keinen Grund, nunmehr für dasselbe jenen Satz zu bestreiten. Aus den Quellen lässt sich dies allerdings nicht nachweisen wie beim Pfandrecht.

¹⁾ Der Schöpfer dieser Anschauung ist, so viel mir bekannt ist, eigentlich erst Büchel (Civilist. Erört. Abth. I.), der dieselbe S. 32 u. ff. auf eine ebenso gründliche als geniale Art durchführt. Cf. auch Vangerow, Pand. I. § 151 i. f. Unger, Syst. II. S. 440.

Wohl hatten die Quellen Ursache vom Pfandrecht zu reden. Seine eigenthümliche, zwitterhafte Natur, sein halb dinglicher halb obligatorischer Charakter, von denen bald dieser bald jener stärker hervortrat, mochte in dem Punkte der Verjährung leicht Schwierigkeiten hervorgerufen haben, was die Kaiser zu besonderen Aussprüchen und singulären Fristbestimmungen leitete. Das *Constitutum* ist reine Obligation, also wäre es auf jeden Fall ohne Weiteres den gewöhnlichen Regeln über die Verjährung der *personales actiones* unterlegen. Aus dem prätorischen Edict herstammend hatte es aber sogar von jeher seine eigene kurze Verjährungszeit des *annus utilis*. Erst Justinian hob diese Beschränkung auf, indem er auch ihm die für alle persönlichen Klagen gewöhnliche 30 jährige Frist gab:

l. 2 C. de const. pec. 4. 18 . . . et neque sit in quocunque casu annalis, sed (sive pro se quis constituat, sive pro alio) sit et ipsa in tali vitae mensura, in qua omnes personales actiones positae sunt, id est in annorum metis triginta . . . —

Weitere Beweise lassen sich nun allerdings kaum erbringen weder für die eine noch für die andere Theorie, es müssten denn auf einem andern einschlagenden Gebiete neue erfolgreiche Forschungen geschehen. Doch dies Wenige schon zusammengehalten mit dem im ersten Theile Gesagten mag vielleicht genügend sein, unsere Ansicht, wenn auch nicht felsenfest zu beweisen, so doch zu der am meisten wahrscheinlich-richtigen zu machen.

Die relative Theorie hat nun allerdings noch eine Reihe allgemeiner Punkte zur Unterstützung ihrer Lehre

herbeigezogen, die sich aber alle ohne Mühe beseitigen lassen. Indem wir einige dieser Punkte auf den folgenden Abschnitt versparen, wo deren Beweislosigkeit noch kurz dargethan werden soll, möge hier wenigstens Einer derselben seine Erledigung finden, da er sich hauptsächlich auf die neuere Klagverjährung bezieht.

Ich habe schon oben (S. 19 Anm. 1) angeführt, dass darin die Theorie wohl jetzt vollkommen einig gehe, die Klagverjährung bei actiones in rem nicht auf das gesammte Recht auszudehnen, sondern ihre zerstörlische Wirkung einzuschränken auf das Recht gegenüber der Person des gegenwärtigen präscribirenden Besitzers.

Daraus hat die relative Theorie nun aber auch einen Schluss ziehen wollen auf die Wirkung der Verjährung bei Schuldklagen, so namentlich Savigny (Syst. V. S. 380), der diesen Schluss einen ganz consequenten nennt. Bekker (lib. cit. S. 413) nennt ihn ein Versehen. Auf jeden Fall ist er von vorneherein zu verwerfen. Da derselbe bereits von den verschiedensten Seiten seine vollkommene Widerlegung gefunden (Bekker a. a. O., Dahn S. 41 u. ff., Vangerow, Pand. I. S. 234. 1), namentlich Büchel, lib. cit. S. 33 u. ff.), so möge es genügen, den Grundgedanken dieser Widerlegung anzugeben.

Das obligatorische Recht und das dingliche Recht sind »himmelweit« von einander verschieden: das obligatorische Recht geht auf in der Klage, es ist ein Anspruch an einen bestimmten Verpflichteten; das dingliche Recht dagegen ist ein Herrschaftsrecht gegenüber allen Dritten, — die actio, die aus dessen Verletzung entspringt, ist nicht das jus in re, sondern ein von ihm Verschiedenes. Mag auch die actio in rem, die, sobald

sie durch Verletzung nata ist, nun gleichsam zur actio in personam wird, untergehen, das weitere jus in re, das nicht auf die Person des Verletzers eingeschränkt ist, sondern ein durchaus allgemeines ist, bleibt dennoch fortbestehen und macht sich denn auch sofort wieder geltend, sobald ein anderer als der, welcher für *seine* Person durch Verjährung die Verletzung gleichsam zu Recht »ersessen« hat, in eine dasselbe verletzende Stellung tritt. Trivial ausgedrückt kann der Eigenthümer sagen: »Gegen jenen kann ich nun allerdings nichts mehr machen, weil sein Unrecht meinem Recht über den Kopf gewachsen ist; gegen alle andern aber bin ich einstweilen noch Herr und Meister.«

Diese kurze Betrachtung genügt, jene versuchte Analogie gründlich zurückzuweisen.

D. Einige weitere indirecte Beweise.

Es sollen also hier noch einige weitere indirecte Beweise besprochen werden, die in einen eigenen Abschnitt gebracht werden mussten, weil sie gewöhnlich auf die gesammte Klagverjährung bezogen werden, die ältere und die jüngere, und darum nicht leicht in einen der besonderen Theile eingefügt werden konnten.

Namentlich von Puchta (Instit. II. S. 411) wird scharf hervorgehoben, dass die Klagverjährung nur eine Verjährung der *Klage* sei, sich nur auf die Klage und nicht auf das zu Grunde liegende Recht beziehe, dass »es daher eine rein willkürliche Bestimmung wäre, wenn

sie ihre zerstörende Kraft auch auf andere, von der Klage an sich unabhängige Wirkungen des Rechts erstreckte.«

Gegen diese Ansicht ist nun aber eine Reihe von Punkten in's Feld geführt worden. Mit demselben Recht, meint Kierulff (Theorie, S. 212), könnte man jene Unterscheidung bei jeder exceptio machen, wonach sie als unmittelbar nur gegen die actio gerichtet auch immer nur den Verlust *dieser* zur Folge haben müsste. Erxleben (die conditiones sine causa, S. 123) macht den Einwand, dass ebenso die actio als Klagerecht den Gegenstand der processualischen Consumation bilde, welche durch die litis contestatio und die res judicata bewirkt wird, und dennoch regelmässig eine völlige Entkräftung des Rechts selbst dadurch herbeigeführt werde. U. s. w.

Diese Gründe brauchen wir alle nicht, denn nach früheren Ausführungen verwerfen wir auf dem Gebiete des Obligationenrechtes überhaupt jede derartige Unterscheidung von Klage und Recht und folgerichtig auch jeden Schluss, der auf eine solche aufgebaut wird. Kierulff (a. a. O.) will beweisen, dass die Verjährung nicht nur auf die Klage gehe, sondern auch auf das Recht selbst »als den noch ununterschiedenen Grund aller möglichen Formen juristischer Geltendmachung« (Klage, Exception etc.); ich bestreite, dass sie überhaupt ausschliesslich die Klage treffen *könne*, sie zerstört auf jeden Fall das Recht (Windscheid, Pand. I. § 112, Note 5). Damit ist nun allerdings noch nicht gesagt, dass keine naturalis obligatio zurückbleibe; aber immerhin kann *jener* Einwand nicht gemacht werden, derselbe fällt vielmehr machtlos in sich selbst zusammen. Dass er bei der *ältern* Klagverjährung von vorneherein

ohne alle und jede Bedeutung ist, leuchtet ein, sobald man nur ihren richtigen Begriff im Auge behält (cf. auch Demelius, lib. cit. S. 65).

Ein weiterer Einwand, der gegen die stärkere Wirkung gemacht wird, ist der, dass der naturale Gläubiger, der von Anfang an keine Klage hatte und dessen Recht daher auch nicht verjähren kann, auf diese Weise ja besser gestellt werde als der civile Gläubiger, der nach verjährter Klage auch nicht einmal mehr ein klagloses Recht, d. h. gar nichts mehr haben soll, — nach Göschen und Savigny eine »grundlose, ungerechtfertigte« Ungerechtigkeit.

Im Allgemeinen wird darauf gewöhnlich erwiedert, dass der civile Gläubiger ja stets in seiner Macht habe, sein Recht zu erzwingen, dass er selbst die Schuld trage, wenn er dies versäume; dass dagegen der naturale Gläubiger von Anfang an auf eine zufällige Gelegenheit zur Verwirklichung seines Anspruches angewiesen sei (Heimbach in Weiske's Rechtslex. B. XII. S. 661). Dahn (S. 43) wendet den in jenem Einwand geltend gemachten Grundsatz auf die erbrechtliche Accrescenz an und führt ihn damit vortrefflich ad absurdum. Uebrigens kann ja auch der fidejussor, der sich für eine obligatio naturalis verbürgt, wirksamer verpflichtet werden als der Hauptschuldner,¹⁾ was Göschen ebenfalls grundlos und unnatürlich nennen müsste.

Diese Gegengründe, die in Beziehung auf die gesamte Klagverjährung geltend gemacht zu werden

¹⁾ l. 6 § 2. l. 7. l. 16 § 4 D. de fidejuss. 46. 1. l. 1 J. de fidejuss. 3. 20.

pflegen, beziehe ich blos auf die neuere Klagverjährung; bei der älteren sind auch diese ganz überflüssig, denn bei dieser kann jene Vergleichung richtiger Weise auch ganz und gar nicht gezogen werden. Der zu einer *actio temporalis* Berechtigte hat eben nie etwas anderes gehabt als ein klagbares, aber *befristetes* Recht, der *naturale* Gläubiger hat ein *perpetuelles*, aber *klagloses* Recht; es steht im Ganzen damit einer so gut und einer so schlecht als der andere — nur jeder nach seiner Weise.

Das früher, namentlich von Guyet (Archiv für civil. Prax. S. 78¹⁾) als Vertheidiger der schwächern Wirkung geltend gemachte Beweismittel aus dem Grundsatz, dass Einreden nicht verjähren,²⁾ können wir füglich übergehen, umsomehr, da auch Savigny dasselbe hat fallen lassen. Wir verweisen darüber auf die gründliche Widerlegung von Büchel (lib. cit. S. 4. 7. u. ff.).

Ebensowenig brauchen wir uns auf die von Savigny (S. 379) angezogene Analogie mit der alten Processverjährung einzulassen, da dieselbe nach den Widerlegungen von Bekker (lib. cit. S. 411) und Schwanert (lib. cit. S. 433 u. ff.³⁾) wohl kaum mehr von einer Seite aufrecht erhalten werden wird.

¹⁾ Die weitere Literatur ist angegeben bei Büchel (lib. cit. S. 4 Anm. 13).

²⁾ l. 5 § 6 de doli mali et metus exc. 44. 4.

³⁾ Gegenstand der Processverjährung ist der Anspruch auf *condemnatio*; die *obligatio* als klaglose ist nie in *judicium* deducirt; die Processverjährung will nur den Frieden herstellen bezüglich der Klage.

Die exceptio rei judicatae als Beweis für die absolute Theorie herbeizuziehen, halte ich ebenfalls kaum für gerathen, denn welcher Gewinn kann darin liegen, einen streitigen Punkt durch einen ebenso, wo möglich noch streitigern Punkt zu stützen? Die Wirkung der res judicata, d. h. hier speciell beim freisprechenden Urtheil eines wahren Schuldners ist aber noch sehr bestritten. Wenn ich mich allerdings in Betreff derselben aussprechen müsste, so würde auch ich keinen Anstand nehmen, mich nach dem Princip »res judicata pro veritate habetur« *gegen* das Uebrigbleiben einer obligatio naturalis zu entscheiden. Doch wenn selbst diese Ansicht die entschieden richtige, die allgemein anerkannte wäre, ein Schluss auf die Wirkung der Klagverjährung wäre selbst dann noch nicht unumstösslich. Das Princip der Rechtskraft des Urtheils ist viel weniger positiver Natur als dasjenige der Klagverjährung, es ist bei weitem mehr juristische Nothwendigkeit und entspricht in höherem Maasse »einem wahrhaft natürlichen Rechtsgefühl« (Scheurl, Krit. Zeitschrift I. S. 509. Erxleben, lib. cit. S. 123).

Wohl ist dagegen ein anderer Beweis für uns von der grössten Wichtigkeit:

Die exceptio temporis ist eine zerstörlische Einrede. Es ist nun aber anerkannte Regel, dass eine exceptio peremptoria eine entgegenstehende Obligation völlig unwirksam macht; eine obligatio, der gegenüber eine solche geltend gemacht werden kann, ist inanis, quasi nulla.¹⁾

¹⁾ l. 55 D. — 50. 16: Creditor autem is est, qui exceptione perpetua submoveri non potest. — l. 8 § 9 D. — 16. 1: ... In-

Daraus muss der nothwendige Schluss gezogen werden, dass auch die *exceptio temporis* von demselben Effect begleitet sei.

Dieses Argument hat man nun freilich auf verschiedene Art zu beseitigen versucht.

Die frühere Theorie namentlich verfuhr auf folgende Weise: Sie unterschied innerhalb der peremtorischen Exceptionen zwischen solchen, die in *favorem debitoris*, und solchen, die in *odium creditoris* eingeführt seien; jenen wurde die oben als Regel aufgestellte Wirkung gelassen, während man sie diesen absprach; diese sollen vielmehr eine *naturalis obligatio* übrig lassen. Als eine solche *exceptio in odium creditoris* bezeichnen sie nun aber auch die *exceptio temporis*.

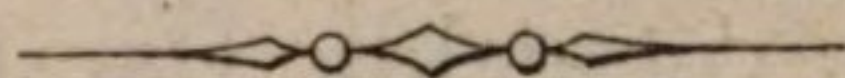
Diesem Einwand wurde nun aber entgegengehalten, dass erstens jene Unterscheidung eine durchaus unbegründete, unrichtige, und zweitens, dass die *exceptio temporis* gar nicht in *odium creditoris* eingeführt sei. Die Wahrheit der letzteren Behauptung haben wir für die ältere Klagverjährung bereits im allgemeinen Theil nachgewiesen, indem wir dort zeigten, dass bei der ganzen Natur derselben der Prätor an nichts weniger als an eine Bestrafung des säumigen Klagberechtigten denken konnte; es widerspricht eine solche Annahme geradezu dem Zweck des Instituts. Aber auch für die neuere Klagverjährung ist jene Absicht zu verwerfen,

anem enim obligationem dimisit. — l. 25 D. — 45. 1: ... *quia superior quasi nulla sit, exceptione obstante.* — l. 14 D. — 16. 2: *Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt etc.* — Eine Reihe anderer Beweisstellen findet sich bei Löhr (Archiv f. civil. Prax. B. X S. 72 u. ff.), der obigen Beweispunkt besonders hervorhebt.

was nach den angestellten früheren Betrachtungen wohl ebenfalls keinem Zweifel mehr unterliegen kann. Wie wäre auch jene Tendenz der Klagverjährung (als in *odium creditoris* gerichtet) überhaupt zu rechtfertigen? Der Gläubiger hat das Recht zu klagen; von einer Pflicht dazu, deren Nichterfüllung strafbar wäre, ist keine Rede. Es müsste in jenem Fall jeder für strafbar erklärt werden, der überhaupt auf ein Recht verzichtet, der eine Sache derelinquirt oder eine Schenkung vornimmt. Die Wahrheit der erstern Behauptung wird selbst von Vertheidigern der relativen Theorie zugegeben, so von Savigny (S. 375), neuerdings freilich wieder angefochten von Scheurl (*lib. cit.* I. S. 515). Die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Regel, die ich übrigens mit Savigny und Dahn für unbrauchbar halte, kann uns hier jedoch überhaupt ganz gleichgültig bleiben, sobald eben nur die versuchte Darstellung des Wesens der Klagverjährung und ihrer Tendenz zurückgewiesen ist.

Savigny suchte sich auf andere Weise zu helfen; er machte eine neue Generaleintheilung der Exceptionen in *exceptiones ex jure gentium* und *exceptiones ex jure civili*. Von ihnen sollen nur jene die *naturalis obligatio* aufheben; die Wirkung dieser soll auf den civilen Bestandtheil der Obligation beschränkt bleiben. Abgesehen davon, dass hier die schon bekämpfte Lehre zu Grunde liegt, in jeder *obligatio* sei ein *civiles* und ein *naturales* Element zu unterscheiden und jenes von diesem trennbar, abgesehen davon ist die ganze Regel und ihre bezügliche Anwendung schon aus anderweitigen Gründen genügend zurückgewiesen worden (Vangerow, *Pand.* I. § 151 Anm. 3, Dahn, *lib. cit.* S. 44 u. ff.).

Bis jetzt ist überhaupt ein Beweis noch nicht erbracht, der uns davon überzeugen könnte, dass die peremptorische exceptio temporis von der Regel abweiche und ausnahmsweise schwächer wirke als die übrigen exceptiones perpetuae. So lange aber jenes nicht geschieht, so lange werden wir auch mit Windscheid (Pand. I. § 112 Note 5) sagen können: »Sie (unsere Ansicht) ist also als die richtige anzunehmen, bis ein Gegenbeweis gegen dieselbe geführt ist *und dieser kann nicht geführt werden.*«



THESEN

1. Mandatum tua gratia und consilium sind identische Begriffe.
 2. Auf die vor Eröffnung des Concurses geschehene Bezahlung einer fälligen Schuld ist die actio Pauliana auf keinen Fall anwendbar.
 3. Die Gewinnabsicht gehört nicht nothwendig zum Begriff des Handelsgeschäftes.
 4. Der Gesellschaftsgläubiger hat gegen den Commanditisten directes Klagerecht.
 5. Die Actiengesellschaft ist ihrem Rechtscharakter nach juristische Person.
 6. Der Acceptationsvertrag ist perfect mit der Eintragung des Acceptes in die Wechselurkunde.
 7. Die Beweislast betreffend das Bedingtsein oder Nichtbedingtsein eines Rechtsgeschäftes trifft den das Nichtbedingtsein desselben behauptenden Gegner.
 8. Bei Antragsverbrechen soll das sog. «Princip der Untheilbarkeit» Platz greifen.
 9. Die Strafverjährung sollte durch die Begehung eines neuen Verbrechens nicht unterbrochen werden.
-

VERZEICHNIS

1. Die Bedeutung der Sprache und die Aufgabe der Sprachwissenschaft.
2. Die Entwicklung der Sprache und die Entstehung der Schrift.
3. Die Klassifikation der Sprachen und die Bedeutung der Sprachfamilien.
4. Die Geschichte der Sprachwissenschaft und die Entwicklung der Methoden.
5. Die Bedeutung der Sprachwissenschaft für die Kultur und die Wissenschaft.
6. Die Aufgaben der Sprachwissenschaft und die Methoden der Forschung.
7. Die Bedeutung der Sprachwissenschaft für die Pädagogik und die Erziehung.
8. Die Bedeutung der Sprachwissenschaft für die Literatur und die Kunst.
9. Die Bedeutung der Sprachwissenschaft für die Politik und die Verwaltung.
10. Die Bedeutung der Sprachwissenschaft für die Medizin und die Naturwissenschaften.

Hasler, Jacob Eduard

Die Wirkung der Verjährung bei der Schuldklage

1872

J.rom.m. 561,21

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11009188-7